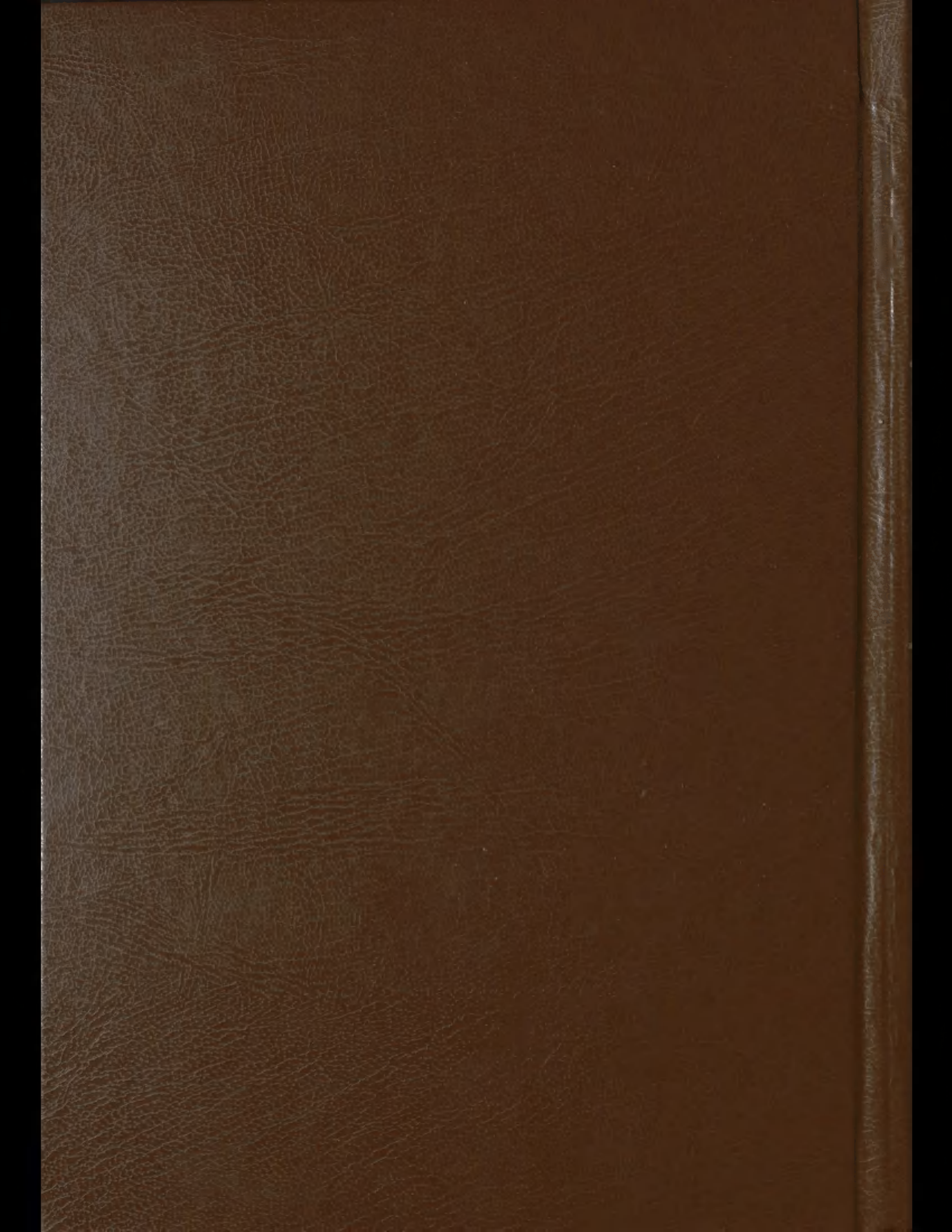
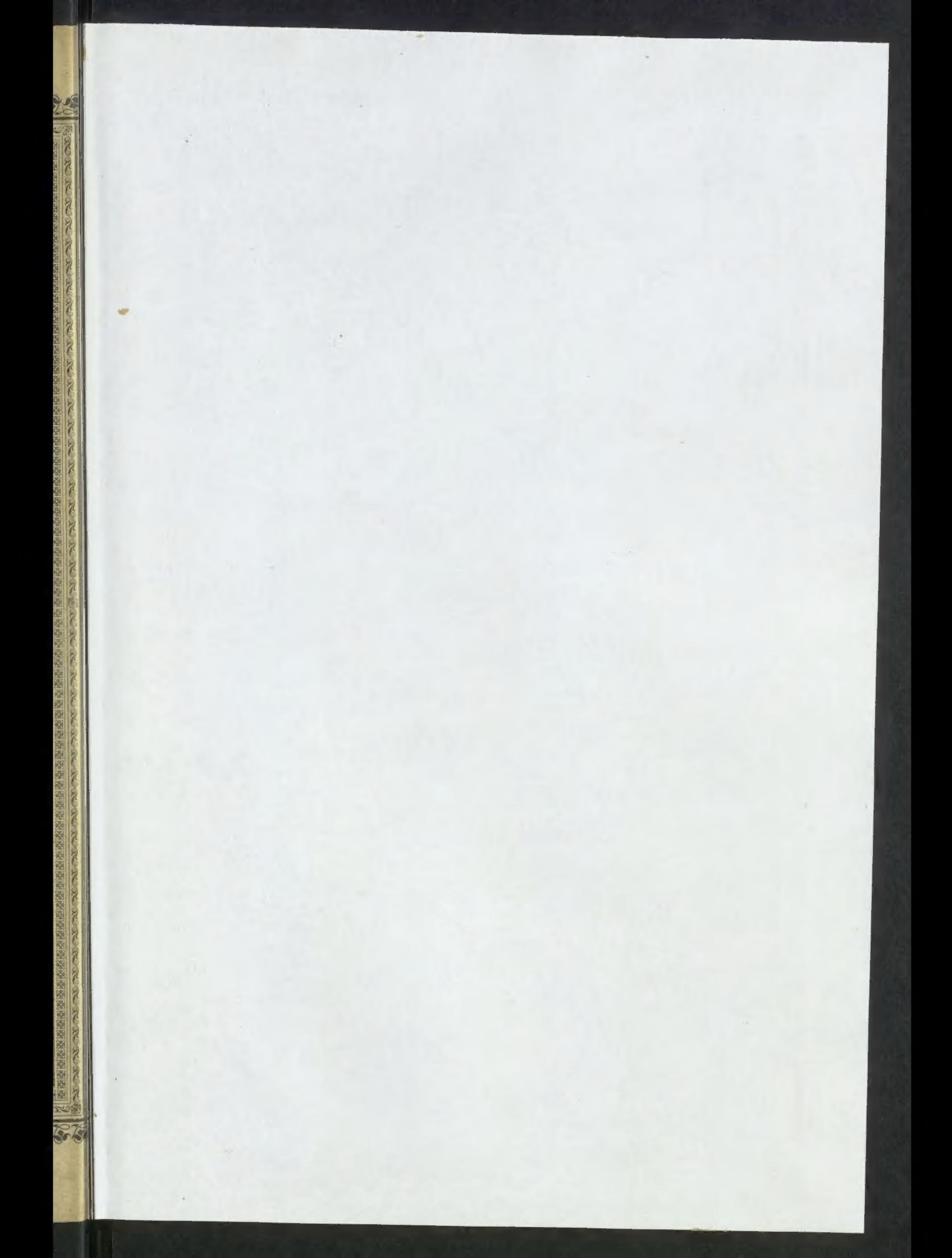
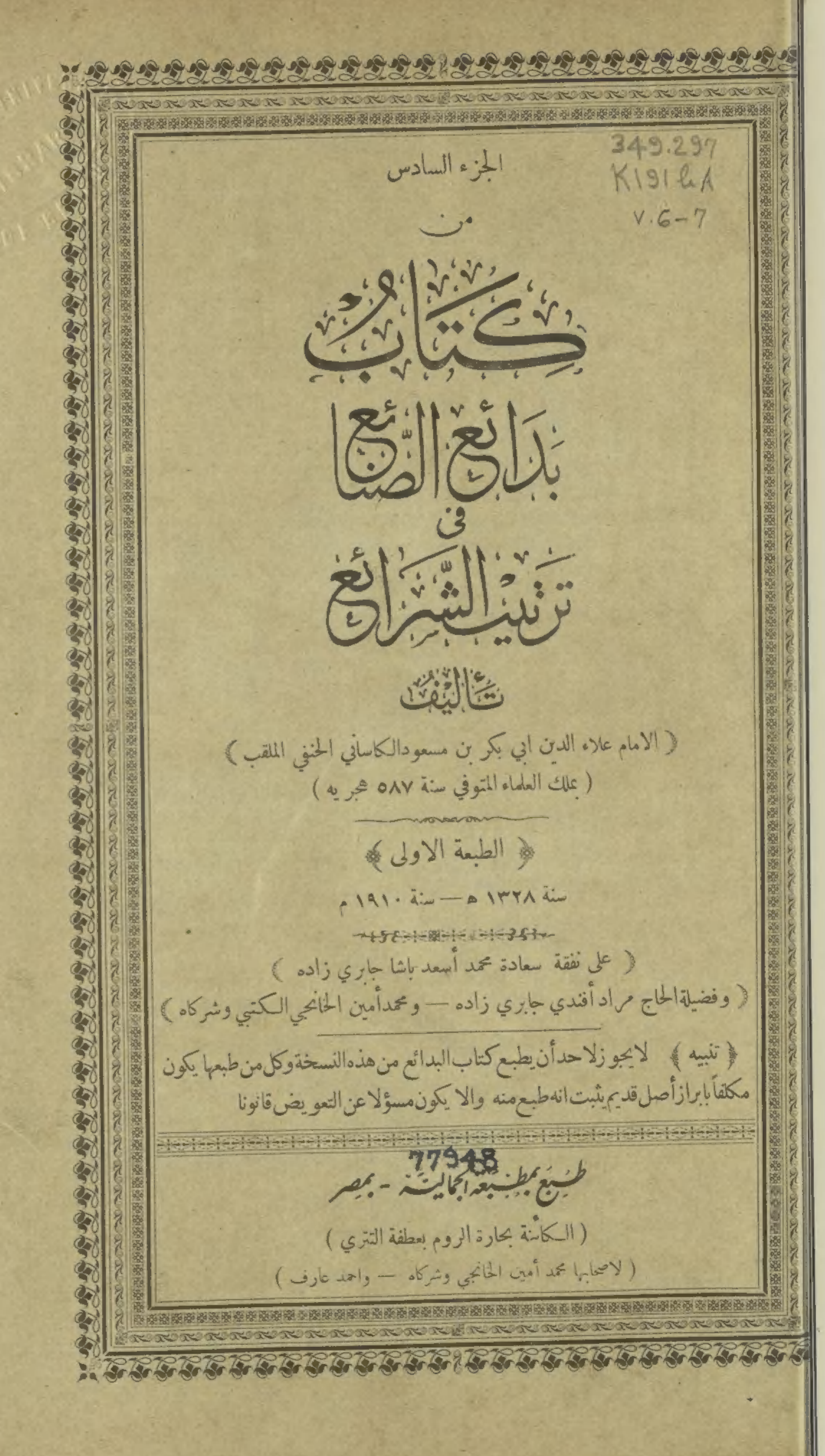



AMERICAN
UNIVERSITY OF
BEIRUT
AMERICAN UNIVERSITY OF BEIRUT
UT VITAM HABEANT ABUNDANTIUS HABEANT
1866
UNIVERSITY
LIBRARY





الجزء السادس

من

كتاب بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع

تأليف

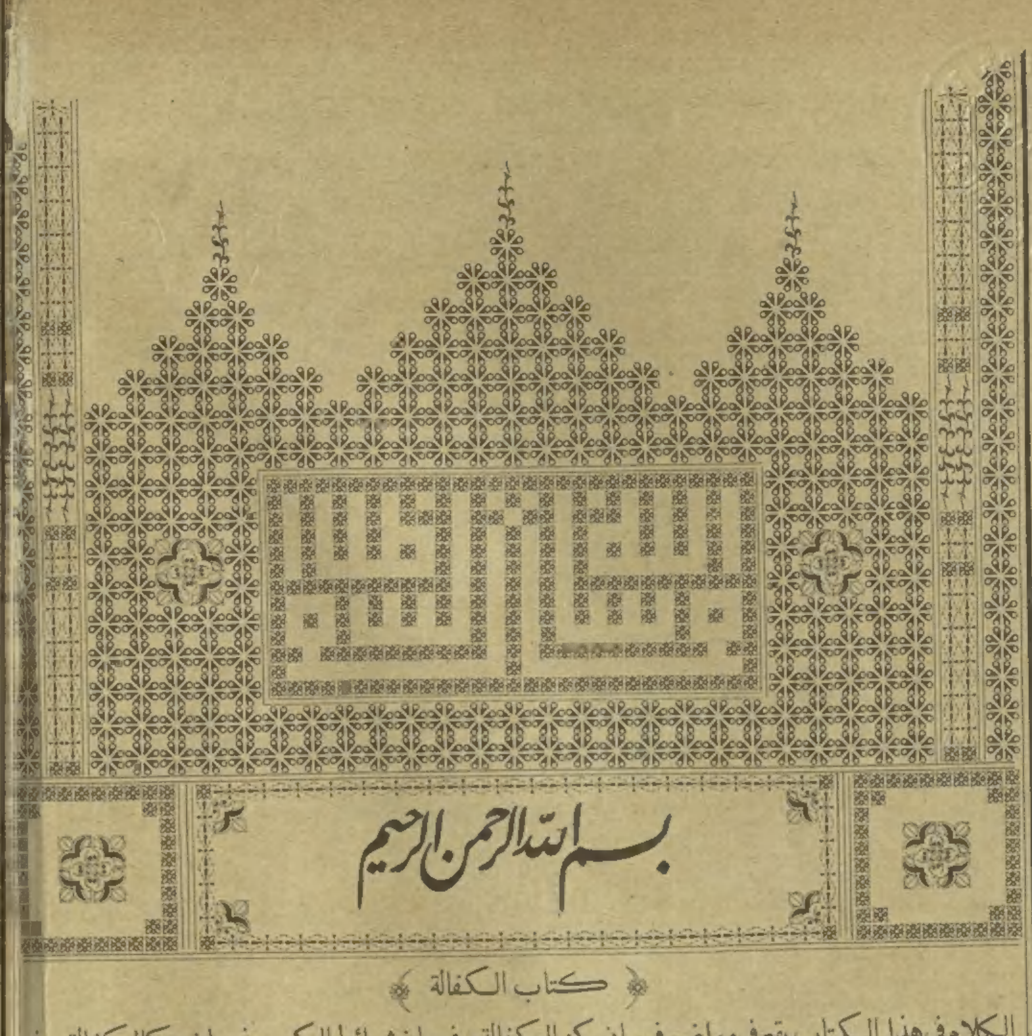
(الامام علاء الدين ابي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي الملقب)
(بملك العلماء المتوفي سنة ٥٨٧ هجريه)

﴿ الطبعة الاولى ﴾

سنة ١٣٢٨ هـ — سنة ١٩١٠ م

(على نفقة سعادة محمد أسعد باشا جابري زاده)
(وفضيلة الحاج مراد أفندي جابري زاده — ومحمد أمين الخانجي الكتبي وشركاه)

طبع بمطبعة الجمالية - بمصر
(الكائنة بحارة الروم بعطفة التتري)
(لاصحابها محمد أمين الخانجي وشركاه — واحمد عارف)



بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ كتاب الكفالة ﴾

الكلام فى هذا الكتاب يقع فى مواضع فى بيان ركن الكفالة وفى بيان شرائط الركن وفى بيان حكم الكفالة وفى بيان مايخرج به الكفيل عن الكفالة وفى بيان الرجوع بعد الخروج انه هل يرجع أم لا (أما) الركن فهو الايجاب والقبول الايجاب من الكفيل والقبول من الطالب وهذا عند أبى حنيفة ومحمد وهو قول أبى يوسف الآخر وفى قوله الاول الركن هو الايجاب فحسب (فأما) القبول فليس بركن وهو أحد قولى الشافعى رحمه الله لما روى أن النبى عليه الصلاة والسلام أتى بجنازة رجل من الانصار فقال هل على صاحبكم دين فقيل نعم درهمان اودیناران فامتنع من الصلاة عليها فقال سيدنا على أو أبو قتادة رضى الله عنهما هما على يارسول الله فصلى عليها ولم ينقل قبول الطالب ولان الكفالة ضم لغة والتزام المطالبة بما على الاصيل شرعا لا تمليك ألا يرى انه يحتمل الجهالة والتعليق بالشرط والتمليك لا يحتمل ذلك ومعنى الضم والالتزام يتم بايجاب الكفيل فأشبه النذر والدليل عليه أن المريض اذا قال عند موته لورثته اضمنوا عنى ماعلى من الدين لغرمائى وهم غيب فضمنوا ذلك فهو جائز و يلزمهم وأى فرق بين المريض والصحيح ولهما أن الكفالة ليست بالتزام محض بل فيها معنى التمليك لما نذكر والتمليك لا يتم الا بالايجاب والقبول كالبيع والجواب عن مسئلة المريض نذكره من بعد ان شاء الله تعالى فاذا عرفت أن ركن الكفالة الايجاب والقبول فالايجاب من الكفيل أن يقول أنا كفيل أو ضمين أو زعيم أو غريم أو قبيل أو حميل أو لك على أو لك قبلى أو لك عندى (أما) لفظ الكفالة والضمان فصريحان وكذلك الزعامة بمعنى الكفالة والغرامة بمعنى الضمان قال النبى عليه الصلاة والسلام الزعيم غارم أى الكفيل ضامن وكذلك القبالة بمعنى الكفالة أيضا يقال قبلت به أقبل قبالة وتقبلت به أى كفلت قال الله تعالى أو يأتى بالله والملائكة قبيلا أى كفيلا يكفلونى بما يقول والحميل بمعنى

المحمول

المحمول فعيل بمعنى المفعول كالقتيل بمعنى المقتول وانه ينبئ عن تحمل الضمان وقوله على كلمة ايجاب وكذا قوله الى قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من ترك مالا فلورثته ومن ترك دينا فالى وعلى وقوله قبلى ينبئ عن القبالة وهى الكفالة على ماذكرنا وقوله عندى وان كانت مطلقة للوديعة لكنه بقرينة الدين يكون كفالة لان قوله عندى يحتمل اليد ويحتمل الذمة لانها كلمة قرب وحضرة وذلك يوجد فيهما جميعا فعند الاطلاق يحمل على اليد لانه أدنى وعند قرينة الدين يحمل على الذمة أى فى ذمتى لان الدين لا يحتمله الا الذمة (وأما) القبول من الطالب فهو أن يقول قبلت أو رضيت أو هويت أو ما يدل على هذا المعنى ثم ركن الكفالة فى الاصل لا يخلو عن أربعة أقسام اما أن يكون مطلقا أو مقيدا بوصف أو معلقا بشرط أو مضافا الى وقت فان كان مطلقا فلا شك فى جوازه اذا استجمع شرائط الجواز وهى ما نذكر ان شاء الله تعالى غير انه ان كان الدين على الاصيل حالا كانت الكفالة حالة وان كان الدين عليه مؤجلا كانت الكفالة مؤجلة لان الكفالة بمضمون على الاصيل فتتقيد بصفة المضمون (وأما) المقيد فلا يخلو اما ان كان مقيدا بوصف التأجيل أو بوصف الحلول فان كانت الكفالة مؤجلة فان كان التأجيل الى وقت معلوم بأن كفل الى شهر أو سنة جاز ثم ان كان الدين على الاصيل مؤجلا الى أجل مثله يتأجل اليه فى حق الكفيل أيضا وان سمى الكفيل أجلا أزيد من ذلك أو أنقص جاز لان المطالبة حق الطالب فله أن يتبرع على كل واحد منهما بتأخير حقه وان كان الدين عليه حالا جاز التأجيل الى الاجل المذكور ويكون ذلك تأجيلا فى حقهما جميعا فى ظاهر الرواية وروى ابن سماعة عن محمد أنه يكون تأجيلا فى حق الكفيل خاصة (وجه) هذه الرواية ان الطالب خص الكفيل بالتأجيل فيخص به كما اذا كفل حالا أو مطلقا ثم أخر عنه بعد الكفالة (وجه) ظاهر الرواية ان التأجيل فى نفس العقد يجعل الاجل صفة للدين والدين واحد وهو على الاصيل فيصير مؤجلا عليه ضرورة بخلاف ما اذا كان بعد تمام العقد لان التأجيل المتأخر عن العقد يؤخر المطالبة وقد خص به الكفيل فلا يتعدى الى الاصيل ولو كان الدين على الاصيل مؤجلا الى سنة فكفل به مؤجلا الى سنة أو مطلقا ثم مات الاصيل قبل تمام السنة يحل الدين فى ماله وهو على الكفيل الى أجله وكذا لو مات الكفيل دون الاصيل يحل الدين فى مال الكفيل وهو على الاصيل الى أجله لان المبطل للاجل وجد فى حق أحدهما دون الآخر وان كان التأجيل الى وقت مجهول فان كان يشبه آجال الناس كالحصاد والدياس والنيروز ونحوه فكفل الى هذه الاوقات جاز عند أصحابنا وعند الشافعى رحمه الله لا يجوز (وجه) قوله ان هذا عقد الى أجل مجهول فلا يصح كالبيع (ولنا) أن هذا ليس بجهالة فاحشة فتحملها الكفالة وهذا لان الجهالة لا تمنع من جواز العقد لعينها بل لافضائها الى المنازعة بالتقديم والتأخير وجهالة التقديم والتأخير لا تفضى الى المنازعة فى باب الكفالة لانه يسامح فى أخذ العقد ما لا يسامح فى غيره لامكان استيفاء الحق من جهة الاصيل بخلاف البيع ولان الكفالة جوازها بالعرف والكفالة الى هذه الآجال متعارفة ولو كانت الكفالة حالة فاخر الى هذه الاوقات جاز أيضا لما ذكرنا وان كان لا يشبه آجال الناس كمجيء المطر وهبوب الريح فالاجل باطل والكفالة صحيحة لان هذه جهالة فاحشة فلا تتحملها الكفالة فلم يصح التأجيل فبطل وبقيت الكفالة صحيحة وكذا لو كان على رجل دين فأجله الطالب الى هذه الاوقات جاز وان كان ثمن مبيع ولا يوجب ذلك فساد البيع لان تأجيل الدين ابتداء بمنزلة التأخير فى الكفالة وذا لا يؤثر فى البيع فكذا هذا هذا اذا كانت الكفالة مؤجلة فأما اذا كانت حالة فان شرط الطالب الحلول على الكفيل جاز سواء كان الدين على الاصيل حالا أو مؤجلا لما ذكرنا أن المطالبة حق المكفول له فيملك التصرف فيه بالتعجيل والتأجيل ولو كفل حالا ثم أجله الطالب بعد ذلك يتأخر فى حق الكفيل اذا قبل التأخير دون الاصل بخلاف ما اذا كان التأجيل فى العقد لما ذكرنا من الفرق ولو كان الدين على الاصل حالا فأخره الطالب الى مدة وقبله المطلوب جاز التأخير ويكون تأخيرا فى حق الكفيل هذا اذا كانت الكفالة مقيدة بوصف فأما اذا كانت معلقة بشرط فان كان المذكور شرطا سببا لظهور

الحق أولوجوبه أو وسيلة الى الاداء فى الجملة جاز بان قال ان استحق المبيع فأنا كفيل لان استحقاق المبيع
سبب لظهور الحق وكذا اذا قال اذا قدم زيد فأنا كفيل لان قدومه وسيلة الى الاداء فى الجملة لجواز أن يكون
مكفولا عنه أو يكون مضاربة فان لم يكن سببا لظهور الحق ولا لوجوبه ولا وسيلة الى الاداء فى الجملة لا يجوز بأن
قال اذا جاء المطر أو هبت الريح أو ان دخل زيد الدار فأنا كفيل لان الكفالة فيها معنى التمليك لما ذكرنا والاصل أن
لا يجوز تعليقها بالشرط الا شرطا الحق به تعلق بالظهور أو التوسل اليه فى الجملة فيكون ملائما للعقد فيجوز ولان الكفالة
جوازها بالعرف والعرف فى مثل هذا الشرط دون غيره ولو قال ان قتلك فلان أو ان شجك فلان أو ان غصبك
فلان أو ان بايعت فلانا فأنا ضامن لذلك جاز لان هذه الافعال سبب لوجوب الضمان ولو قال ان غصبك فلان
ضيعتك فأنا ضامن لم يجز عند أبى حنيفة وأبى يوسف وجاز عند محمد بناء على أن غصب العقار لا يتحقق عند أبى
حنيفة وعند محمد يتحقق ولو قال من قتلك من الناس أو من غصبك من الناس أو من شجك من الناس أو من بايعك
من الناس لم يجز لا من قبل التعليق بالشرط بل لان المضمون عنه مجهول وجهالة المضمون عنه تمنع صحة الكفالة ولو قال
ضمنت لك ما على فلان ان توى جاز لان هذا شرط ملائم للعقد لانه مؤكد لمعنى التوسل الى ما هو المقصود وكذا لو قال
ان خرج من المصر ولم يعطك فأنا ضامن لما ذكرنا ولو شرط فى الكفالة بالنفس تسليم المكفول به فى وقت بعينه جاز لان
هذا تأجيل الكفالة بالنفس الى وقت معلوم فيصح كالكفالة بالمال وكذا سائر أنواع الكفالات فى التعليق بالشرط
والتأجيل والاضافة الى الوقت سواء لان الكل فى معنى الكفالة على السواء ولو قال كفلت لك مالك على فلان
حالا على أنك متى طلبته فلى اجل شهر جاز واذا طلبته منه فله أجل شهر ثم اذا مضى الشهر فله أن يأخذه متى شاء . ولو
شرط ذلك بعد تمام الكفالة بالمال حالا لم يجز وله أن يطالبه متى شاء والفرق ان الموجود ههنا كفالتان احداهما حالة
مطلقة والثانية مؤجلة الى شهر معلقة بشرط الطلب فاذا وجد الشرط ثبت التأجيل الى شهر فاذا مضى الشهر انتهى
حكم التأجيل فيأخذه بالكفالة الحالة هذا معنى قوله فى الكتاب يأخذه متى شاء بالطلب الاول بخلاف ما اذا كان
التأجيل بالشرط بعد تمام العقد لان ذلك تعليق التأجيل بالشرط لا تعليق العقد المؤجل بالشرط والتأجيل نفسه
لا يحتمل التعليق بالشرط فبطل ألا ترى أنه اذا كفل الى قدوم زيد جاز ولو كفل مطلقا ثم أخر الى قدوم زيد لم يجز لما
ذكرنا كذا هذا ولو كفل بنفس المطلوب على انه ان لم يواف به غدا فعليه ما عليه وهو الالف فمضى الوقت ولم يواف به
فالمال لازم للكفيل لان ههنا كفالتان بالنفس وبالمال الا أنه كفل بالنفس مطلقا وعلق الكفالة بالمال بشرط عدم
الموافاة بالنفس فكل ذلك جائز (أما) الكفالة بالنفس فلا شك فيها وكذا الكفالة بالمال لان هذا شرط ملائم للعقد
محقق لما شرع له وهو الوصول الى الحق من جهة الكفيل عند تعذر الوصول اليه من قبل الاصيل فاذا لم يوجد الشرط
لزمه المال واذا أداه لا يبرأ عن الكفالة بالنفس لجواز أن يدعى عليه مالا آخر فيلزمه تسليم نفسه وكذا اذا قال فعليه
ما عليه وعليه الف ولم يسم لان جهالة قدر المكفول به لا تمنع صحة الكفالة و يلزمه جميع الالف لانه أضاف الكفالة
الى ما عليه والالف عليه وكذا لو كفل لامرأة بصداقها ان لم يواف الزوج وصداقها وصيف فالوصيف لازم
للكفيل لان الكفالة بالوصيف كفالة بمضمون على الاصيل وهو الزوج لان الحيوان يثبت دينا فى الذمة بدلا عما
ليس بمال فيلزم الكفيل ولو كفل بنفس رجل وقال ان لم أوافك به غدا فعلى الف درهم ولم يقل الالف التى عليه أو
الالف التى ادعيت والمطلوب ينكر فالمال لازم للكفيل عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وعند محمد رحمه الله
لا يلزمه (وجه) قول محمد ان هذا ايجاب المال معلقا بالخطر ابتداء لانه لم توجد الاضافة الى الواجب ووجوب المال
ابتداء لا يتعلق بالخطر فاما الكفالة بمال ثابت فتتعلق بالخطر ولم يوجد (وجه) قولهما ان مطلق الالف ينصرف الى
الالف المعهودة وهى الالف المضمونة مع ما ان فى الصرف الى ابتداء الايجاب فساد العقد وفى الصرف الى ما عليه
صحته فالصرف الى ما فيه صحة العقد أولى ولو كفل بنفسه على أن يوافى به اذا ادعى به فان لم يفعل فعليه الالف التى عليه

جازلانه كفل بالنفس مطلقا وعلق الكفالة بالمال بشرط عدم الموافاة بالنفس عند طلب الموافاة وهذا شرط ملائم للعقد لماذكرنا فاذا طلب منه المكفول له تسليم النفس فان سلم مكانه برئ لانه أتى بما التزم وان لم يسلم فعليه المال لتحقق الشرط وهو عدم الموافاة بالنفس عند الطلب ولو قال ائتنى به عشية أو غدوة وقال الكفيل أنا آتيك به بعد غد فان لم يات به فى الوقت الذى طلب المكفول له فعليه المال لوجود شرط اللزوم وان أخر المطالبة الى ما بعد غد كما قاله الكفيل فأتى به فهو برئ من المال لانه بالتأخير أبطل الطلب الاول فلم يبق التسليم واجبا عليه وصار كانه طلب منه من الابتداء التسليم بعد غد وقد وجد وبرئ من المال ولو كفل بالمال وقال ان وافيتك به غدا فانا برىء فوافاه من الغد يبرأ من المال فى رواية وفى رواية لا يبرأ (وجه) الرواية الاخيرة ان قوله ان وافيتك به غدا فانا برىء تعليق البراءة عن المال بشرط الموافاة بالنفس والبراءة لا تحتمل التعليق بالشرط لان فيهما معنى التمليك والتمليكات لا يصح تعليقها بالشرط (وجه) الرواية الاولى ان هذا ليس بتعليق البراءة بشرط الموافاة بل هو جعل الموافاة غاية للكفالة بالمال والشرط قد يذكر بمعنى الغاية لمناسبة بينهما والاول أشبه ولو شرط فى الكفالة بالنفس ان يسلمه اليه فى مجلس القاضى جاز لان هذا شرط مفيد ويكون التسليم فى المصر أو فى مكان يقدر على احضاره مجلس القاضى تسليما الى القاضى لما نذكران شاء الله تعالى ولو شرط أن يسلمه اليه فى مصر معين يصح التقييد بالمصر بالاجماع الا أنه لا يصح التعيين عند أبى حنيفة وعندهما يصح على ما نذكر ان شاء الله تعالى ولو شرط ان يدفعه اليه عند الامير لا يتقيد به حتى لو دفعه اليه عند القاضى أو عزل الامير وولى غيره فدفعه اليه عند الثانى جاز لان التقييد غير مفيد ولو كفل بنفسه فان لم يواف به فعليه ما يدعيه الطالب فان ادعى الطالب ألفا فان لم يكن عليه بينة لا يلزم الكفيل لانه لا يلزم بنفس الدعوى شئ فقد أضاف الالتزام الى ما ليس بسبب اللزوم وكذا اذا أقر بها المطلوب لان اقراره حجة عليه لا على غيره فلا يصدق على الكفيل ولو قامت البينة عليها أو أقر بها الكفيل فعليه الالف لان البينة سبب لظهور الحق وكذا اقرار الانسان على نفسه صحيح فيؤاخذ به ولو كفل بنفسه على انه ان لم يواف به الى شهر فعليه ما عليه فمات الكفيل قبل الشهر وعليه دين ثم مضى الشهر قبل أن يدفع ورثة الكفيل المكفول به الى الطالب فالمال لازم للكفيل ويضرب الطالب مع الغرماء أما لزوم المال فلان الحكم بعد الشرط يثبت مضافا الى السبب السابق وهو عند مباشرة السبب صحيح ولهذا لو كفل وهو صحيح ثم مرض تعتبر الكفالة من جميع المال لا من الثلث (وأما) الضرب مع الغرماء فلاستواء الدينين وكذا لو مات المكفول به ثم مات الكفيل لانه اذا مات فقد عجز الكفيل عن تسليم نفسه فوجد شرط لزوم المال بالسبب السابق هذا اذا كانت الكفالة معلقة بالشرط فاما اذا كانت مضافة الى وقت بان ضمن ما ذاب له على فلان أو ما قضى له عليه أو ما دان فلانا أو ما أقرضه أو ما استهلك من ماله أو ما غصبه أو ثمن ما بايعه صحت هذه الكفالة لانها أضيفت الى سبب الضمان وان لم يكن الضمان ثابتا فى الحال والكفالة ان كان فيها معنى التمليك فليست بتمليك محض فجاز أن تحتمل الاضافة ولو قال كلما بايعت فلانا فثمنه على أو ما بايعت أو الذى بايعت يؤاخذ الكفيل بجميع ما بايعه ولو قال ان بايعت أو اذا بايعت أو متى بايعت يؤاخذ بثمن أول المبايعة ولا يؤاخذ بثمن ما بايعه بعدها لان كلمة كل لعموم الافعال وكذا كلمة ما والذى للعموم وقد دخلت على المبايعة فيقتضى تكرار المبايعة ولم يوجد مثل هذه الدلالة فى قوله ان بايعت ونظائره والله عز وجل أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما شرائط الكفالة فأنواع بعضها يرجع الى الكفيل وبعضها يرجع الى الاصيل وبعضها يرجع الى المكفول له وبعضها يرجع الى المكفول به ثم منها ما هو شرط الانعقاد ومنها ما هو شرط النفاذ (أما) الذى يرجع الى الكفيل فأنواع (منها) العقل ومنها البلوغ وانهما من شرائط الانعقاد لهذا التصرف فلا تنعقد كفالة الصبى والمجنون لانها عقد تبرع فلا تنعقد ممن ليس من أهل التبرع الا أن الاب أو الوصى لو استدان دينا فى نفقة اليتيم وأمر اليتيم أن يضمن المال عنه جاز ولو أمره أن يكفل عنه النفس لم يجز لان ضمان الدين قد لزمه من غير شرط فالشرط

لا يزيده الا تأكيدا فلم يكن متبرعا فاما ضمان النفس وهو تسليم نفس الاب أو الوصى فلم يكن عليه فكان متبرعا فيه فلم يجز (ومنها) الحرية وهى شرط نفاذ هذا التصرف فلا تجوز كفالة العبد محجورا كان أو مأذونا له فى التجارة لانها تبرع والعبد لا يملكه بدون اذن مولاه ولكنها تنعقد حتى يؤاخذ به بعد العتاق لان امتناع النفاذ ما كان لانعدام الاهلية بل لحق المولى وقد زال بخلاف الصبى لانها غير منعقدة منه لعدم الاهلية فلا تحتمل النفاذ بالبلوغ ولو أذن له المولى بالكفالة فان كان عليه دين لم يجز لان اذنه بالتبرع لم يصح وان لم يكن عليه دين جازت كفالته وتباع رقبته فى الكفالة بالدين الا ان يفديه المولى ولا تجوز كفالة المكاتب من الاجنبى لان المكاتب عبد ما بقى عليه درهم على لسان صاحب الشرع عليه الصلاة والسلام وسواء أذن له المولى أو لم يأذن لان اذن المولى لم يصح فى حقه وصح فى حق القن ولكنه ينعقد حتى يطالب به بعد العتاق ولو كفل المكاتب أو المأذون عن المولى جاز لانهما يملكان التبرع عليه وأما صحة بدن الكفيل فليس بشرط لصحة الكفالة فتصح كفالة المريض لكن من الثلث لانها تبرع (وأما) الذى يرجع الى الاصيل فنوعان أحدهما أن يكون قادرا على تسليم المكفول به اما بنفسه واما بنائبه عند أبى حنيفة فلا تصح الكفالة بالدين عن ميت مفلس عنده وعند أبى يوسف ومحمد تصح (وجه) قولهما ان الموت لا ينافى بقاء الدين لانه مال حكمى فلا يفتقر بقاؤه الى القدرة ولهذا بقى اذا مات مليا حتى تصح الكفالة به وكذا بقيت الكفالة بعد موته مفلسا واذا مات عن كفيل تصح الكفالة عنه بالدين فكذا يصح الابراء عنه والتبرع (وجه) قول أبى حنيفة ان الدين عبارة عن الفعل والميت عاجز عن الفعل فكانت هذه كفالة بدين ساقط فلا تصح كما كفل على انسان بدين ولا دين عليه واذا مات مليا فهو قادر بنائبه وكذا اذا مات عن كفيل لانه قائم مقامه فى قضاء دينه (وأما) الابراء والتبرع فهما فى الحقيقة ابراء عن المؤاخذة بسبب المماطلة فى قضاء الدين والتبرع بتخليص الميت عن المؤاخذة بسبب التقصير بواسطة ارضاء الخصم بهبة هذا القدر منه فاما أن يكون ابراء عن الدين وتبرعا بقضائه حقيقة فلا على ما عرف فى الخلافيات والثانى أن يكون معلوما بان كفل ما على فلان فاما اذا قال على أحد من الناس أو بعين أو بنفس أو بفعل فلا يجوز لان المضمون عليه مجهول ولان الكفالة جوازها بالعرف والكفالة على هذا الوجه غير معروفة فاما حرية الاصيل وعقله وبلوغه فليست بشرط لجواز الكفالة لان الكفالة بمضمون ما على الاصل مقدور الاستيفاء من الكفيل وقد وجد أما العبد فلان الدين واجب عليه ويطالب به فى الجملة فاشبه الكفالة بالدين المؤجل وأما الصبى والمجنون فلان الدين فى ذمتهما والولى مطالب به فى الحال ويطالبان أيضا فى الجملة وهو ما بعد البلوغ والافاقة فتجوز الكفالة عن العبد وان كان محجورا وعن الصبى والمجنون الا أن الكفيل لا يملك الرجوع عليهم بما أدى وان كانت الكفالة باذنهم لما نذكر فى موضعه ان شاء الله تعالى وكذا لا يشترط حضرته فتجوز الكفالة عن غائب أو محبوس لان الحاجة الى الكفالة فى الغالب فى مثل هذه الاحوال فكانت الكفالة فيهما أجوز ما يكون (وأما) الذى يرجع الى المكفول له فانواع (منها) أن يكون معلوما حتى انه اذا كفل لاحد من الناس لا تجوز لان المكفول له اذا كان مجهولا لا يحصل ما شرع له الكفالة وهو التوثق (ومنها) أن يكون فى مجلس العقد وانه شرط الانعقاد عند أبى حنيفه ومحمد اذا لم يقبل عنه حاضر فى المجلس حتى ان من كفل لغائب عن المجلس فبلغه الخبر فأجاز لا تجوز عندهما اذا لم يقبل عنه حاضر وعن أبى يوسف روايتان وظاهر اطلاق محمد فى الاصل انها جائزة على قوله الآخر يدل على ان المجلس عنده ليس بشرط أصلا لا شرط النفاذ ولا شرط الانعقاد لان محمدا ربما يطلق الجواز على النافذ فأما الموقوف فنسميه باطلا الا أن يجيز وهذا الاطلاق صحيح لان الجائز هو النافذ فى اللغة يقال جاز السهم اذا نفذ (وجه) قول أبى يوسف الآخر ما ذكرنا فى صدر الكتاب ان معنى هذا العقد لغة وشرعا وهو الضم والالتزام يتم بايجاب الكفيل فكان ايجابه كل العقد والدليل عليه مسئلة المريض (وجه) قولهما ما ذكرنا ان فيه معنى التمليك أيضا والتمليك لا يقوم الا بالايجاب والقبول فكان الايجاب وحده شطر العقد فلا يقف على غائب

عن

عن المجلس كالبيع مع ما انا نعمل بالشبهين جميعا فنقول لشبه الالتزام يحتمل الجهالة والتعليق بالشرط والاضافة الى الوقت ولشبه التمليك لا يقف على غائب عن المجلس اعتبار اللشبهين بقدر الامكان (وأما) مسئلة المريض فقد قال بعض مشايخنا ان جواز الضمان هناك بطريق الايصاء بالقضاء عنه بعد موته لا بطريق الكفالة و يكون قوله اضمنوا عنى ايصاء منه اليهم بالقضاء عنه حتى لو مات ولم يترك شيأ لا يلزم الورثة شئ فعلى هذا لا يلزم و بعضهم أجازوه على سبيل الكفالة ووجهه ما أشار اليه أبو حنيفة عليه الرحمة فى الاصل وقال هو بمنزلة المعبر عن غرمائه وشرح هذه الاشارة والله عز وجل أعلم ان المريض مرض الموت يتعلق الدين بماله و يصير بمنزلة الاجنبى عنه حتى لا ينفذ منه التصرف المبطل لحق الغريم ولو قال أجنبى للورثة اضمنوا الغرماء فلان عنه فقالوا ضمنا يكتفى به فكذا المريض والله عز وجل أعلم (ومنها) وهو تفريع على مذهبهما أن يكون عاقلا فلا يصح قبول المجنون والصبى الذى لا يعقل لانهما ليسا من أهل القبول ولا يجوز قبول وليهما عنهما لان القبول يعتبر ممن وقع له الايجاب ومن وقع له الايجاب ليس من أهل القبول ومن قبل لم يقع الايجاب له فلا يعتبر قبوله (وأما) حرية المكفول له فليست بشرط لان العبد من أهل القبول (وأما) الذى يرجع الى المكفول به فنوعان أحدهما أن يكون المكفول به مضمونا على الاصيل سواء كان دينا أو عينا أو نفسا أو فعلا ليس بدين ولا عين ولا نفس عند أصحابنا الا أنه يشترط فى الكفالة بالعين أن تكون مضمونة بنفسها و جملة الكلام فيه أن المكفول به أربعة أنواع عين ودين ونفس وفعل ليس بدين ولا عين ولا نفس أما العين فنوعان عين هى أمانة وعين هى مضمونة أما العين التى هى أمانة فلا تصح الكفالة بها سواء كانت أمانة غير واجبة التسليم كالودائع ومال الشركات والمضاربات أو كانت أمانة واجبة التسليم كالعارية والمستأجر فى يد الاجير لانه أضاف الكفالة الى عينها وعينها ليست بمضمونة ولو كفل بتسليم المستعار والمستأجر عن المستعير والمستأجر جاز لانهما مضمونا التسليم عليهما فالكفالة أضيفت الى مضمون على الاصيل وهو فعل التسليم فصحت (وأما) العين المضمونة فنوعان مضمون بنفسه كالمغصوب والمقبوض بالبيع الفاسد والمقبوض على سوم الشراء ومضمون بغيره كالمبيع قبل القبض والرهن فتصح الكفالة بالنوع الاول لانه كفالة بمضمون بنفسه ألا ترى انه يجب رد عينه حال قيامه ورد مثله أو قيمته حال هلاكه فيصير مضمونا على الكفيل على هذا الوجه أيضا ولا تصح بالنوع الثانى لان المبيع قبل القبض مضمون بالثمن لا بنفسه ألا ترى أنه اذا هلك فى يد البائع لا يجب عليه شىء ولكن يسقط الثمن عن المشترى وكذا الرهن غير مضمون بنفسه بل بالدين ألا يرى أنه اذا هلك لا يجب على المرتهن شىء ولكن يسقط الدين عن الراهن بقدره (وأما) الفعل فهو فعل التسليم فى الجملة فتجوز الكفالة بتسليم المبيع والرهن لان المبيع مضمون التسليم على البائع والرهن مضمون التسليم على المرتهن فى الجملة بعد قضاء الدين فكان المكفول به مضمونا على الاصيل وهو فعل التسليم فصحت الكفالة به لكنه اذا هلك لا شئ على الكفيل لانه لم يبق مضمونا على الاصيل فلا يبقى على الكفيل ولو استأجر دابة للحمل فكفل رجل بالحمل فان كانت الدابة بعينها لم تجز الكفالة بالحمل وان كانت بغير عينها جازت لان فى الوجه الاول الواجب على الآجر فعل تسليم الدابة دون الحمل فلم تكن الكفالة بالحمل كفالة بمضمون على الاصيل فلم تجز وفى الوجه الثانى الواجب عليه فعل الحمل دون تسليم الدابة فكانت الكفالة بالحمل كفالة بفعل هو مضمون على الاصيل فجازت وعلى هذا اذا كفل بنفس من عليه الحق جاز عند أصحابنا لان الكفالة بالنفس كفالة بالفعل وهو تسليم النفس وفعل التسليم مضمون على الاصيل فقد كفل بمضمون على الاصيل فجاز وكذا اذا كفل برأسه أو بوجهه أو برقبته أو بروحه أو بنصفه والاصل فيه أنه اذا أضاف الكفالة الى جزء جامع كالرأس والوجه والرقبة ونحوها جازت لان هذه الاجزاء يعبر بها عن جملة البدن فكان ذكرها ذكراً للبدن كما فى باب الطلاق والعتاق وكذا اذا أضاف الى جزء شائع كالنصف والثلث ونحوهما جازت لان حكم الكفالة بالنفس وجوب تسليم النفس بثبوت ولاية المطالبة والنفس فى حق وجوب التسليم لا

تتجزأ وذكر بعض ما لا يتجزأ شرعاً ذكر لكله كما فى الطلاق والعتاق واذا أضافها الى اليد أو الرجل ونحوهما من الاجزاء المعينة لا تجوز لان هذه الاعضاء لا يعبر بها عن جميع البدن وهى فى حكم الكفالة متجزئة فلا يكون ذكرها ذكراً لجميع البدن كما فى الطلاق والعتاق ولو قال فى الكفالة بالنفس هو على جاز لان هذا صريح فى التزام تسليم النفس وكذا اذا قال أنا ضامن لوجهه لان الوجه جزء جامع ولو قال أنا ضامن لمعرفته لا تصح لان المعرفة لا تحتمل أن تكون مضمونة على الاصيل ولو قال للطالب أنا ضامن لك لم يصح لان المضمون غير معلوم أصلا ثم ماذكرنا من الكفالة بالنفس والعين والفعل انها صحيحة وماذكرنا من التفريعات عليها مذهب أصحابنا وقال الشافعى رحمه الله انها غير صحيحة (وجه) قوله ان الكفالة أضيفت الى غير محلها فلا تصح ودلالة ذلك ان الكفالة التزام الدين فكان محلها الدين فلم توجد والتصرف المضاف الى غير محله باطل ولان القدرة على تسليم المكفول به شرط جواز الكفالة والقدرة على الاعتاق لا تتحقق (ولنا) قوله عز وجل ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم أخبر الله عز شأنه عن الكفالة بالعين عن الامم السالفة ولم يغيروا الحكيم اذا حكى عن منكر غيره ولان هذا حكم لم يعرف له مخالف من عصر الصحابة والتابعين الى زمن الشافعى رحمه الله فكان الانكار خروجاً عن الاجماع فكان باطلا ولماذكرنا ان هذه الكفالة أضيفت الى مضمون على الاصيل مقدور الاستيفاء من الكفيل فتصح أصله الكفالة بالدين وقوله الكفالة التزام الدين ممنوع بل هى التزام المطالبة بمضمون على الاصيل وقد يكون ذلك ديناً وقد يكون عيناً والعين مقدورة التسليم فى حق الاصيل كالدين عبد مقر بالرق فى يد رجل فأخذ منه المولى كفيلا بنفسه فأبق فهو باطل لانه كفل بما ليس بمضمون وكذا لو كفل بعد اباقه لما قلنا وكذا لو ادعى رجل على انسان انه عبده وأنكر المدعى عليه وزعم انه حر وكفل رجل بنفسه حتى لو أقام البينة على أنه عبده فمات المدعى عليه لا شئ على الاصيل لماذكرنا ولو كان المدعى فى يد ثالث فقال أنا ضامن لك قيمة هذا ان استحقيته صحت الكفالة حتى لو أقام البينة على أنه عبده فمات المدعى عليه فالكفيل ضامن كل قيمته لان باقامة البينة تبين انه كفل بمضمون صبى فى يد رجل يدعى انه ابنه وادعى رجل آخر انه عبده فضمن له انسان فأقام المدعى البينة وقد مات الصبى فالكفيل ضامن لماذكرنا أنه لما قامت البينة تبين انه كفيل بمضمون وعن محمد فيمن ادعى على انسان انه غصبه عبداً فقبل أن يقيم البينة قال رجل أنا ضامن بالعبد الذى يدعى فهو ضامن حتى يأتى بالعبد فيقيم البينة عليه لانه كفل بمضمون على الاصيل وهو احضاره مجلس القاضى فان هلك واستحقه ببينة فهو ضامن لقيمته لانه تبين انه كفل بمضمون بعين مضمون بنفسه ولو ادعى انه غصبه الف درهم واستهلكها أو عبداً أو مات فى يده فقال رجل خله فأنا ضامن المال أو لقيمة العبد فهو ضامن يأخذه به من ساعته ولا يقف على اقامة البينة لان بقوله أنا ضامن لقيمة العبد أقر بكون القيمة واجبة على الاصيل فقد كفل بمضمون على الاصيل فلا يقف على البينة بخلاف الفصل الاول لان هناك ما عرف وجوب القيمة باقراره بل باقامة البينة فتوقف عليها والنوع الثانى أن يكون المكفول به مقدور الاستيفاء على الكفيل ليكون العقد مفيداً فلا تجوز الكفالة بالحدود والقصاص لتعذر الاستيفاء من الكفيل فلا تفيد الكفالة فائدتها وههنا شرط ثالث لكنه يخص الدين وهو أن يكون لازماً فلا تصح الكفالة عن المكاتب لمولاه ببدل الكتابة لانه ليس بدين لازم لان المكاتب يملك اسقاط الدين عن نفسه بالتعجيز لا بالكسب بمضمون وتجوز الكفالة بنفس من عليه القصاص فى النفس وما دونها وبحد القذف والسرقة اذا بذلها المطلوب فأعطاه بها كفيلا بلا خلاف بين أصحابنا وهو الصحيح لانه كفالة بمضمون على الاصيل مقدور الاستيفاء من الكفيل فتصح كالكفالة بتسليم نفس من عليه الدين وانما الخلاف انه اذا امتنع من اعطاء الكفيل عند الطلب هل يجبره القاضى عليه قال أبو حنيفة لا يجبره وقال أبو يوسف ومحمد يجبره (وجه) قولهما ان نفس من عليه القصاص والحد مضمون التسليم عليه عند الطلب كنفس من عليه الدين ثم تصح الكفالة بنفس من عليه الدين ويجبر عليها عند الطلب فكذا هذا ولابى حنيفة ان الكفالة شرعت

وثيقة والحدود مبناها على الدرء فلا يناسبها التوثيق بالجبر على الكفالة ولا يلزمه الحبس فى الحدود والقصاص قبل تزكية الشهود والحبس توثيق لان الحبس للتهمة لا للتوثيق لان شهادة شاهدين أو شاهد واحد لا تخلو عن ايراث تهمة فكان الحبس لاجل التهمة دون التوثيق ويجوز الجبر على اعطاء الكفيل فى التعزير لانه لا يحتال لدرئه لكونه حق العبد (وأما) الدين فتصح الكفالة به بلا خلاف لانه مضمون على الاصيل مقدور الاستيفاء من الكفيل والنوع الثانى أن يكون المكفول به مقدور الاستيفاء من الكفيل ليكون العقد مفيداً فلا تجوز الكفالة بالحدود والقصاص لتعذر الاستيفاء من الكفيل فلا تفيد الكفالة فائدتها وههنا شرط ثالث لكنه يخص الدين وهو أن يكون لازماً فلا تصح الكفالة عن المكاتب لمولاه ببدل الكتابة لانه ليس بدين لازم لان المكاتب يملك اسقاط الدين عن نفسه بالتعجيز لا بالكسب فلو أجزنا الكفالة ببدل الكتابة لكان لا يخلو (اما) ان يملك الكفيل اسقاطه عن نفسه كما يملك الاصيل (واما) ان لا يملك فان ملك لا تفيد الكفالة وان لم يملك لم يكن هذا التزام ما على الاصيل فلا يتحقق التصرف كفالة ولانا لو أجزنا هذه الكفالة لكان الدين على الكفيل ألزم منه على الاصيل لان المكاتب اذا مات عاجزاً بطل عنه الدين ولو مات الكفيل عاجزاً مفلساً لم يبطل عنه الدين فكان الحق على الكفيل ألزم منه على الاصيل وهذا خلاف ما توجبه الاصول ولان الكفالة جوازها بالعرف فلا تجوز فيما لا عرف فيه ولا عرف فى الكفالة ببدل الكتابة وكذا لا تجوز الكفالة عن المكاتب لمولاه بسائر الديون سوى دين الكتابة لان غيره من الديون انما وجب للمولى عليه بمشيئته ألا ترى أنه لولا لزوم الكتابة عليه لما وجب عليه دين آخر فكان دين الكتابة أصلا لوجوب دين آخر عليه فلما لم تجز الكفالة بالاصل فلا ن لا تجوز بالفرع أولى وأحرى ولا تجوز الكفالة ببدل السعاية عند أبى حنيفة وعندهما تجوز بناء على أن المستسعى بمنزلة المكاتب عنده وعندهما بمنزلة حر عليه دين وكون المكفول به معلوم الذات فى أنواع الكفالات أو معلوم القدر فى الدين ليس بشرط حتى لو كفل بأحد شيئين غير عين بأن كفل بنفس رجل أو بما عليه وهو ألف جاز وعليه أحدهما أيهما شاء لان هذه جهالة مقدورة الدفع بالبيان فلا تمنع جواز الكفالة وكذا اذا كفل بنفس رجل أو بما عليه أو بنفس رجل آخر أو بما عليه جاز ويبرأ بدفع واحد منهما الى الطالب ولو كفل عن رجل بما لفلان عليه أو بما يدركه فى هذا البيع جاز لان جهالة قدر المكفول به لا تمنع صحة الكفالة قال الله تعالى جل شأنه ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم أجاز الله تعالى عز شأنه الكفالة بحمل البعير مع أن الحمل يحتمل الزيادة والنقصان والله عز وجل أعلم ولو ضمن رجل بالعهدة فضمانه باطل عند أبى حنيفة وعندهما صحيح (وجه) قولهما ان ضمان العهدة فى متعارف الناس ضمان الدرك وهو ضمان الثمن عند استحقاق المبيع وذلك جائز بلا خلاف بين أصحابنا ولابى حنيفة رحمه الله أن العهدة تحتمل الدرك وتحتمل الصحيفة وهو الصك وأحدهما وهو الصك غير مضمون على الاصيل فدارت الكفالة بالعهدة بين ان تكون بمضمون وغير مضمون فلا تصح مع الشك فلم يكن عدم الصحة عنده لجهالة المكفول به بل لوقوع الشك فى وجود شرط الجواز وهو كونه مضموناً على الاصيل وضمان الدرك هو ضمان الثمن عند استحقاق المبيع واذا استحق المبيع يخاصم المشترى البائع أولا فاذا قضى عليه بالثمن يكون قضاء على الكفيل وله أن يأخذ من أيهما شاء وليس له أن يخاصم الكفيل أولا فى ظاهر الرواية وروى عن أبى يوسف انه قال الكفيل يكون خصما هذا اذا كان المبيع ما سوى العبد فان كان عبداً فظهر انه حر بالبينة فللمشترى أن يخاصم أيهما شاء بالاجماع ولو انفسخ البيع بينهما بما سوى الاستحقاق بالرد بالعيب أو بخيار الشرط أو بخيار الرؤية لا يؤاخذ به الكفيل لان ذلك ليس من الدرك ولو أخذ المشترى رهنا بالدرك لا يصح بخلاف الكفالة بالدرك والفرق عرف فى موضعه ولو بنى المشترى فى الدار بناء ثم استحقت الدار ونقض عليه البناء فللمشترى أن يرجع على بائعه بالثمن وبقيمة بنائه مبنياً اذا سلم النقض الى البائع وان لم يسلم لا يرجع عليه الا بالثمن خاصة فى ظاهر الرواية وروى عن أبى يوسف أنه يرجع عليه بالثمن وبقيمة البناء والتالف ولو سلم النقض

الى البائع وقضى عليه بالثمن وقيمة البناء مبنياً له ان يأخذ أيهما شاء بالثمن و يأخذ البائع بقيمة البناء فى ظاهر الرواية وذكر الطحاوى أنه يأخذ أيهما شاء بهما جميعاً ان شاء أخذهما من البائع وان شاء أخذهما من الكفيل بالدرك ثم يرجع الكفيل على البائع ان كانت الكفالة بأمره جعل الطحاوى قيمة البناء بمنزلة الثمن وهو غير سديد لان المفهوم من الدرك ضمان المشترى فى متعارف الناس فلا تكون قيمة البناء داخلة تحت الكفالة بالدرك وكذلك لو كان المبيع جارية فاستولدها المشترى ثم استحقها رجل وأخذ منه قيمة الجارية وقيمة الولد والعقر فان المشترى يأخذ الثمن من أيهما شاء ولا يؤاخذ الكفيل بقيمة الولد وللمشترى أن يأخذ قيمة الولد من البائع خاصة لانه لم يدخل تحت الكفالة بالدرك والله عزوجل أعلم ولو كفل بماله على فلان فقامت البينة عليه بألف ضمنها الكفيل لانه تبين انه كفل بمضمون على الاصيل وان لم تقم البينة فالقول قول الكفيل مع يمينه فى مقدار ما يقر به أما القول قوله فى المقر به لانه مال لزم بالتزامه فيصدق فى القدر الملتزم كما اذا أقر على نفسه بمال مجهول وأما اليمين فلانه منكر الزيادة والقول قول المنكر مع يمينه فى الشرع ولو أقر المكفول عنه بأ كثر مما أقر به لم يصدقه على كفيله لان اقرار الانسان حجة فى حق نفسه لا فى حق غيره لانه مقر فى حق نفسه مدع فى حق غيره ولا يظهر صدق المدعى الا بحجة

﴿ فصل ﴾ وأما بيان حكم الكفالة فنقول و بالله التوفيق للكفالة حكمان أحدهما ثبوت ولاية مطالبة الكفيل بما على الاصيل عند عامة مشايخنا و يطرد هذا الحكم فى سائر أنواع الكفالات لان الكل فى احتمال هذا الحكم على السواء وانما يختلف محل الحكم من العين والدين والفعل فيطالب الكفيل بالدين بدين واجب على الاصيل لا عليه فالدين على واحد والمطالب به اثنان غير أن الكفيل ان كان واحدا يطالب بكل الدين وان كان به كفيلان والدين ألف يطالب كل واحد منهما بخمسمائة اذا لم يكفل كل واحد منهما عن صاحبه لانهما استويا فى الكفالة والمكفول به يحتمل الانقسام فينقسم عليهما فى حق المطالبة كما فى الشراء و يطالب الكفيل بالنفس باحضار المكفول بنفسه ان لم يكن غائباً وان كان غائبا يؤخذ الكفيل الى مدة يمكنه احضاره فيها فان لم يحضر فى المدة ولم يظهر عجزه للقاضى حبسه الى أن يظهر عجزه له فاذا علم القاضى ذلك بشهادة الشهود أو غيرها أطلقه وأنظره الى حال القدرة على احضاره لانه بمنزلة المفلس لكن لا يحول بين الطالب والكفيل بل يلازمه من الطالب ولا يحول الطالب أيضاً بينه و بين أشغاله ولا يمنعه من الكسب وغيره و يطالب الكفيل بالعين بتسليم عينها ان كانت قائمة ومثلها أو قيمتها ان كانت هالكة و يطالب الكفيل بتسليم العين و بالفعل بهما وقال بعض مشايخنا ان حكم الكفالة بالدين وجوب أصل الدين على الكفيل والمطالبة مرتب عليه فيطالب الكفيل بدين واجب عليه لا على الاصيل كما يطالب الاصيل بدين عليه لا على الكفيل فيتعدد الدين حسب تعدد المطالبة و به أخذ شيخه الامام الشافعى رحمه الله وزعم أن هذا يمنع من صحة الكفالة بالاعيان المضمونة والنفس والفعل لان هذا الحكم لا يتحقق فى الكفالة بغير الدين وهذا غير سديد لان الكفالات أنواع لكل نوع حكم على حدة فانعدام حكم نوع منها لا يدل على انعدام حكم نوع آخر فأما براءة الاصيل فليس حكم الكفالة عند عامة العلماء والطالب بالخيار ان شاء طالب الاصيل وان شاء طالب الكفيل الا اذا كانت الكفالة بشرط براءة الاصيل لانها حوالة معنى أو كانت مقيدة بما عليه من الدين لانها فى معنى الحوالة أيضاً وقال ابن أبى ليلى ان الكفالة توجب براءة الاصيل والصحيح قول العامة لان الكفالة تنبئ عن الضم وهو ضم ذمة الى ذمة فى حق المطالبة بما على الاصيل أو فى حق أصل الدين والبراءة تنافى الضم ولان الكفالة لو كانت مبرئة لكانت حوالة وهما متغايران لان تغاير الاسامى دليل تغاير المعانى فى الاصل وأيهما اختار مطالبته لا يبرأ الآخر بل يملك مطالبته فرق بين هذا و بين غاصب الغاصب ان للمالك أن يضمن أيهما شاء فاذا اختار تضمين أحدهما لا يملك اختيار تضمين الآخر (ووجه) الفرق ان المضمونات تملك عند اختيار الضمان فاذا اختار تضمين أحدهما فقد هلك المضمون فلا يملك الرجوع عنه وهذا المعنى هنا معدوم ولان اختيار الطالب مطالبة أحدهما بالمضمون

لا

لا يتضمن ملك المضمون فهو الفرق وكذا فرقوا بين هذا و بين العبد المشترك بين اثنين أعتقه أحدهما وهو موسر حتى يثبت للشريك الساكت اختيار تضمين المعتق واستسعاء العبد فاختيار أحدهما يبطل اختيار الآخر لانه لما اختار الضمان صار نصيبه منقولا الى المعتق عند اختياره لان المضمونات تملك عند اختيار الضمان فلو اختار الاستسعاء يسعى وهو رقيق وانما يعتق كله باداء السعاية و بينهما تناف ولا تنافى ههنا لان الطالب لا يملك المضمون باختيار المطالبة فيملك مطالبة الآخر والثانى ثبوت ولاية مطالبة الكفيل الاصيل اذا كانت الكفالة بأمره فى الانواع كلها ثم اذا كانت الكفالة بالنفس فطالب الكفيل بتسليم نفسه الى الطالب اذا طالبه وان كانت بالعين المضمونة يطالب بتسليم عينها اذا كانت قائمة وتسليم مثلها أو قيمتها اذا كانت هالكة اذا طولب به وان كانت بفعل التسليم والحمل يطالب بهما وان كانت بدين يطالبه بالخلاص اذا طولب فكما طولب الكفيل طالب هو المكفول عنه بالخلاص وان حبس فله ان يحبس المكفول عنه لانه ▪ والذى أوقعه فى هذه العهدة فكان عليه تخليصه منها وان كانت الكفالة بغير أمره فليس للكفيل حق ملازمة الاصيل اذا لوزم ولا حق الحبس اذا حبس وليس له أن يطالب بالمال قبل أن يؤدى هو وان كانت الكفالة بأمره لان ولاية المطالبة انما تثبت بحكم القرض والتمليك على ما نذكره وكل ذلك يقف على الاداء ولم يوجد بخلاف الوكيل بالشراء ان له ولاية مطالبة الموكل بالثمن بعد الشراء قبل أن يؤدى هو من مال نفسه لان هناك الثمن يقابل المبيع والملك فى المبيع كما وقع وقع للموكل فكان الثمن عليه فكان له أن يطالبه به وهنا المطالبة بسبب القرض أو التمليك ولم يوجد هنا واذا أدى كان له أن يرجع عليه اذا كانت الكفالة بأمره لان الكفالة بالامر فى حق المطلوب استقراض وهو طلب القرض من الكفيل والكفيل باداء المال مقرض من المطلوب ونائب عنه فى الاداء الى الطالب وفى حق الطالب تمليك ما فى ذمة المطلوب من الكفيل بما أخذ منه من المال والمقرض يرجع على المستقرض بما أقرضه والمشترى يملك الشراء بالبيع لا غير هذا

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما يخرج به الكفيل عن الكفالة فنقول و بالله التوفيق اما الكفيل بالمال فانما يخرج عن الكفالة بأحد أمرين أحدهما أداء المال الى الطالب أو ما هو فى معنى الاداء سواء كان الاداء من الكفيل او من الاصيل لان حق المطالبة للتوسل الى الاداء فاذا وجد فقد حصل المقصود فينتهى حكم العقد وكذا اذا وهب الطالب المال من الكفيل أو من الاصيل لان الهبة بمنزلة الاداء لما ذكرنا وكذا اذا تصدق به على الكفيل أو على الاصيل لان الصدقة تمليك كالهبة فكان هو وأداء المال سواء كالهبة والثانى الابراء وما هو فى معناه فاذا أبرأ الطالب الكفيل أو الاصيل خرج عن الكفالة غير انه اذا أبرأ الكفيل لا يبرأ الاصيل واذا أبرأ الاصيل يبرأ الكفيل لان الدين على الاصيل لا على الكفيل انما عليه حق المطالبة فكان ابراء الاصيل اسقاط الدين عن ذمته فاذا سقط الدين عن ذمته يسقط حق المطالبة ضرورة لان المطالبة بالدين ولا دين محال فاما ابراء الكفيل فابراؤه عن المطالبة لا عن الدين اذ لا دين عليه وليس من ضرورة اسقاط حق المطالبة عن الكفيل سقوط أصل الدين عن الاصيل لكن يخرج الكفيل عن الكفالة لان حكم الكفالة حق المطالبة عن الكفيل فاذا سقط تنتهى الا ان ابراء الاصيل يرتد بالرد وكذا الهبة منه أو التصدق عليه وابراء الكفيل لا يرتد بالرد والهبة منه والتصدق عليه والفرق بين هذه الجملة يعرف فى موضعه ان شاء الله تعالى واذا ارتدت هذه التصرفات برد الاصيل عاد الدين الى ذمته وهل تعود المطالبة بالدين الى الكفيل اختلف المشايخ فيه ولو أبرأ الاصيل أو وهب منه بعد موته فردورثته يرتد عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وعند محمد رحمه الله لا يرتد (وجه) قوله ان هذا بمنزلة ما لو أبرأه حال حياته ثم مات قبل الرد وهناك لا يرتد برد الورثة فكذا هذا ولهما ان أبراءه بعد موته ابراء لورثته لانهم يطالبون بدينه من ماله بعد موته وابراء الورثة يرتد بردهم بخلاف حال الحياة لانهم لا يطالبون بدينه بوجه فاقتصر حكم الابراء عليه فلا يرتد برد الورثة وكذا لو قال الطالب للكفيل برئت الى من المال لان هذا اقرار بالقبض والاستيفاء لانه جعل نفسه غاية لبراءته والبراءة التى هى غايتها

نفسه هى براءة القبض والاستيفاء وبرئا جميعاً لان استيفاء الدين يوجب براءتهما جميعاً فيرجع الكفيل على الاصيل اذا كانت الكفالة بأمره لما ذكرنا ولو قال برئت من المال ولم يقل الى فكذلك عند أبى يوسف وهذا وقوله برئت الى سواء عنده وعند محمد يبرأ الكفيل دون الاصيل وهذا وقوله أبرأتك سواء عنده (وجه) قول محمد ان البراءة عن المال قد تكون بالاداء وقد تكون بالابراء فلا تحمل على الاداء الا بدليل زائد وقد وجد ذلك فى الفصل الاول وهو قوله الى لان ذلك ينبئ عن معنى الاداء لما ذكرنا ولم يوجد ههنا فتحمل على الابراء لان البراءة حكم الابراء فى الاصل (وجه) قول أبى يوسف ان البراءة المضافة الى المال تستعمل فى الاداء عرفا وعادة فتحمل عليه ولا يجوز تعليق البراءة من الكفالة بشرط لان البراءة فيها معنى التمليك والتمليك لا يحتمل التعليق بالشرط ولو أحال الكفيل الطالب بمال الكفالة على رجل وقبله الطالب فالمحتال عليه يخرج عن الكفالة عند أصحابنا الثلاثة وكذا اذا أحاله المطلوب بمال الكفالة على رجل وقبله لان الحوالة مبرئة عن الدين والمطالبة جميعاً عند عامة مشايخنا وعند بعضهم مبرئة عن المطالبة وابراء الكفيل والاصيل مخرج عن الكفالة لما ذكرنا وعند زفر لا يخرج الكفيل عن الكفالة بالحوالة لان الحوالة عنده ليست بمبرئة أصلا لما يأتى فى كتاب الحوالة ان شاء الله تعالى وكذلك الكفيل يخرج عن الكفالة بالصلح كما يخرج بالحوالة بان يصالح الكفيل الطالب على بعض المدعى لان الصلح على جنس المدعى اسقاط بعض الحق فكان فيه معنى الابراء وعلى خلاف الجنس معاوضة فكان فى معنى الابراء وكل ذلك يخرج عن الكفالة غير ان فى حالين يبرأ الكفيل والاصيل جميعاً وفى حال يبرأ الكفيل دون الاصيل (اما) الحالتان اللتان يبرئ فيهما الكفيل والاصيل جميعاً احداهما أن يقول الكفيل للطالب صالحتك من الالف على خمسمائة على انى والمكفول منه برئان من الخمسمائة الباقية ويكون الطالب فى الخمسمائة التى وقع عليها الصلح بالخيار ان شاء أخذها من الكفيل ثم الكفيل يرفع بها على الاصيل وان شاء أخذها من الاصيل والثانية أن يقول صالحتك على خمسمائة مطلقاً عن شرط البراءة أصلا لما ذكرنا قبل هذا ان الابراء المضاف الى المال المجرد عن شرط البراءة المضافة الى الكفيل ابراء عن الدين والدين واحد فاذا سقط عن الاصيل سقطت المطالبة عن الكفيل (وأما) الحوالة التى يبرأ الكفيل فيها دون الاصيل فهى أن يقول الكفيل للطالب صالحتك على انى برىء من الخمسمائة وقد بينا الفرق من قبل والطالب بالخيار ان شاء أخذ جميع دينه من الاصيل وان شاء أخذ من الكفيل خمسمائة ومن الاصيل خمسمائة ثم يرجع الكفيل على الاصيل بما أدى ان كان الصلح بأمره (وأما) الكفيل بالنفس فيخرج عن الكفالة بثلاثة أشياء احداها تسليم النفس الى الطالب وهو التخلية بينه وبين المكفول بنفسه فى موضع يقدر على احضاره مجلس القاضى لان التسليم فى مثل هذا الموضع محصل للمقصود من العقد وهو امكان استيفاء الحق بالمرافعة الى القاضى فاذا حصل المقصود ينتهى حكمه فيخرج عن الكفالة ولو سلمه فى صحراء أو برية لا يخرج لانه لم يحصل المقصود ولو سلم فى السوق أو فى المصر يخرج سواء أطلق الكفالة أو قيدها بالتسليم فى مجلس القاضى أما اذا أطلق فظاهر لانه يتقيد بمكان يقدر على احضاره مجلس القاضى بدلالة الغرض وكذا اذا قيد لان التسليم فى هذه الامكنة تسليم فى مجلس القاضى بواسطة ولو شرط أن يسلمه فى مصر معين فسلمه فى مصر آخر يخرج عن الكفالة عند أبى حنيفة وعندهما لا يخرج عنها الا أن يسلمه فى المصر المشروط (وجه) قولهما ان التقييد بالمصر مفيد لجواز أن يكون للطالب بينة يقدر على اقامتها فيه دون غيره فكان التعيين مفيدا فيتقيد به (وجه) قول أبى حنيفة رحمه الله ما ذكرنا ان المقصود من تسليم النفس هو الوصول الى الحق بالمرافعة الى القاضى وهذا الغرض ممكن الاستيفاء من كل قاض فلا يصح التعيين ولو سلمه فى السواد ولا قاضى فيه لا يخرج عن الكفالة لان التسليم فى مثل هذا المكان لا يصلح وسيلة الى المقصود فكان وجوده وعدمه بمنزلة واحدة ولو شرط أن يدفعه اليه عند الامير فدفعه اليه عند القاضى يخرج عن الكفالة وكذا اذا عزل الامير وولى غيره فدفعه اليه عند الثانى لان التسليم عند كل من ولى ذلك محصل للمقصود فلم يكن التقييد مفيداً فلا يتقيد ولو كفل جماعة بنفس

رجل

رجل كفالة واحدة فأحضره أحدهم برئ اجميعاً وان كانت الكفالة متفرقة لم يبرأ الباقون (ووجه) الفرق ان الداخل تحت الكفالة الواحدة فعل واحد وهو الاحضار وقد حصل ذلك بواحد والداخل تحت الكفالات المتفرقة أفعال متفرقة فلا يحصل باحضار واحد الابراء به فيبرأ هو دون الباقين وليس هذا كما اذا كفل جماعة بمال واحد كفالة واحدة أو متفرقة فأدى أحدهم برئ الباقون لان الدين يسقط عن الاصيل بأداء المال فلا يبقى على الكفيل لما مر والله سبحانه وتعالى أعلم ولو كفل بنفس رجل فان لم يواف به غداً فعليه ما عليه وهو كذا فلقى الرجل الطالب فخاصمه الطالب ولازمه فالمال على الكفيل وان لازمه الى آخر اليوم لانه لم يوجد من الكفيل الموافاة به ولو قال الرجل للطالب قد دفعت نفسي اليك عن كفالة فلان يبرأ الكفيل من المال سواء كانت الكفالة بالنفس بأمره أو لا لانه أقام نفسه مقام الكفيل في التسليم عنه فيصح التسليم كمن تبرع بقضاء دين غيره ان هناك لا يجبر على القبول وهنا يجبر عليه والفرق ان انعدام الجبر على القبول في باب المال للتحرز عن لحوق المنة المطلوبة من جهة المتبرع لان نفسه ربما لا تطاوعه بتحمل المنة فيتضرر به وهذا المعنى هنا معدوم لان تسليم نفسه واجب عليه ولا منة في أداء الواجب سواء كانت الكفالة بالنفس بأمره أو بغير أمره لان نفسه مضمون التسليم في الحالين والثاني الابراء اذا أبرأ الطالب الكفيل من الكفالة بالنفس خرج عن الكفالة لان حكم الكفالة بالنفس حق المطالبة بتسليم النفس وقد أسقط المطالبة عنه بالابراء فينتهي الحق ضرورة ولا يكون هذا الابراء للاصيل لانه أسقط المطالبة عنه دون الاصيل ولو أبرأ الاصيل برئا جميعاً لان الكفالة بمضمون على الاصيل وقد بطل الضمان بالابراء فينتهي حكم الكفالة والثالث موت المكفول بنفسه لان الكفالة بمضمون على الاصيل وقد سقط الضمان عنه فيسقط عن الكفيل والله عز وجل أعلم (وأما) الكفيل بالاعيان المضمونة بنفسها والافعال المضمونة تخرج عن الكفالة بأحد أمرين أحدهما تسليم العين المضمونة بنفسها ان كانت قائمة وتسليم مثلها أو قيمتها ان كانت هالكة ويحصل الفعل المضمون وهو التسليم والحمل والثاني الابراء فلا يخرج بموت الغاصب والبائع والمكارى لان نفس هؤلاء غير مكفول بها حتى يسقط بموتهم والله تعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما رجوع الكفيل فجملة الكلام في الرجوع في موضعين أحدهما في شرائط ولاية الرجوع والثاني في بيان ما يرجع به (اما) الشرط فأنواع (منها) ان تكون الكفالة بأمر المكفول عنه لان معنى الاستقراض لا يتحقق بدونه ولو كفل بغير أمره لا يرجع عليه عند عامة العلماء وقال مالك رحمه الله يرجع والصحيح قول العامة لان الكفالة بغير أمره تبرع بقضاء دين الغير فلا يحتمل الرجوع (ومنها) أن يكون باذن صحيح وهو اذن من يجوز اقراره على نفسه بالدين حتى انه لو كفل عن الصبي المحجور باذنه فأدى لا يرجع لان اذنه بالكفالة لم يصح لانه من المكفول عنه استقراض واستقراض الصبي لا يتعلق به الضمان (وأما) العبد المحجور فاذنه بالكفالة صحيح في حق نفسه حتى يرجع عليه بعد العتاق لكن لا يصح في حق المولى فلا يؤاخذ به في الحال والله عز وجل أعلم (ومنها) اضافة الضمان اليه بأن يقول اضمن عني ولو قال اضمن كذا ولم يضف الى نفسه لا يرجع لانه اذا لم يضف اليه فالكفالة لم تقع اقراضاً اياه فلا يرجع عليه (ومنها) أداء المال الى الطالب أو ما هو في معنى الاداء اليه فلا يملك الرجوع قبل الاداء لان معنى الاقراض والتمليك لا يتحقق الا بأداء المال فلا يملك الرجوع قبله (ومنها) أن لا يكون للاصيل على الكفيل دين مثله فاما اذا كان فلا يرجع لانه اذا أدى الدين التقى الدينان قصاصاً اذ لو ثبت للكفيل حق الرجوع على الاصيل لثبت للاصيل أن يرجع عليه أيضاً فلا يفيد فيسقطان جميعاً ولو وهب صاحب الدين المال للكفيل يرجع على الاصيل لان الهبة في معنى الاداء لانه لما وهب منه فقد ملك ما في ذمة الاصيل فيرجع عليه كما اذا ملكه بالاداء واذا وهب الدين من الاصيل برئ الكفيل لان هذا وأداء المال سواء لانه لما وهبه منه فقد ملك ما في ذمته كما اذا أدى ومتى برئ الاصيل برئ الكفيل لان براءة الاصيل توجب براءة الكفيل ولو مات الطالب فورثه الكفيل

يرجع على الاصيل ولو ورثه الاصيل يبرأ الكفيل لان الارث من أسباب الملك فيملكه الاصيل ومتى ملكه بري فيبرأ الكفيل كما اذا أدى ولو أبرأ الطالب الكفيل لا يرجع على الاصيل لان الابراء اسقاط وهو في حق الكفيل اسقاط المطالبة لا غير ولهذا لا توجب براءة الكفيل براءة الاصيل فلم يكن فيه معنى تمليك الدين أصلا فلا يرجع ولو أبرأ الكفيل المكفول عنه مما ضمنه بأمره قبل أدائه أو وهبه منه جاز حتى لو أداه الكفيل بعد ذلك لا يرجع عليه لان سبب وجوب الحق له على الاصيل وهو العقد باذنه موجود والابراء عن الحق بعد وجود سبب الوجوب قبل الوجوب جائز كالابراء عن الاجرة قبل مضى مدة الاجارة ولو لم يؤد الكفيل ما كفل به حتى عجل الاصيل لما كفل عنه ودفع الى الكفيل ينظر ان دفعه اليه على وجه القضاء يجوز لان ولاية الرجوع على الاصيل ان لم تكن ثابتة له في الحال لكنها ثبتت بعد الاداء فأشبه الدين المؤجل اذا عجله المطلوب قبل حل الاجل انه يقبل منه ويكون قضاء كذا هذا وبري الاصيل من دين الكفيل ولكن لا يبرأ عن دين المكفول له وله أن يطالب أيهما شاء فان أخذ من الاصيل كان له أن يرجع على الكفيل بما أدى لانه تبين انه لم يكن قضاء وان كان الكفيل تصرف في ذلك المعجل وربح هل يطيب له الربح ينظر ان كان الدين دراهم أو دنانير يطيب بالاجماع لانهما لا يتعينان في عقود المعاوضات فحصل التمليك باذن صاحبها فيطيب له الربح وان كان الدين مكيلا أو موزونا مما يتعين في العقد يطيب له الربح أيضا عند أبي يوسف ومحمد وعن أبي حنيفة رحمه الله ثلاث روايات ذكر في كتاب البيوع انه يطيب له الربح ولم يذكر الخلاف وفي رواية قال يتصدق وفي رواية قال أحب الى أن يرد الربح على المكفول عنه هذا اذا دفعه اليه على وجه القضاء فاما اذا دفعه على وجه الرسالة ليؤدى الدين مما دفعه اليه لا على وجه القضاء فتصرف فيه الوكيل وربح لا يطيب له الربح سواء كان الدين دراهم أو دنانير أو غيرهما من المكيلات والموزونات عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف يطيب وهو كاختلافهم في المودع والغاصب اذا تصرف في الوديعة والمغصوب وربح فيهما انه لا يطيب له الربح عندهما وعند أبي يوسف يطيب والمسئلة تأتى في موضعها ان شاء الله تعالى ولو قال الطالب للكفيل برئت الى من المال يرجع على الاصيل بالاجماع لان هذا اقرار بالقبض والاستيفاء لما نذكر وفي قوله برئت من المال اختلاف نذكره بعد هذا ان شاء الله تعالى ولو كفل رجلان لرجل عن رجل بأمره بألف درهم حتى يثبت للطالب ولاية مطالبة كل واحد منهما بخمسمائة فأدى أحدهما شيأ من مال الكفالة فأراد أن يرجع على صاحبه فهذا لا يخلو اما ان كفل كل واحد منهما عن صاحبه بما عليه وقت العقد أو بعده أو كفل واحد منهما عن صاحبه بما عليه دون الآخر أو لم يكفل واحد منهما عن صاحبه أصلا فان لم يكفل واحد منهما عن صاحبه أصلا لا يرجع على صاحبه بشئ مما أدى لانه أدى عن نفسه لا عن صاحبه أصلا لانه لم يكفل عنه ولكنه يرجع على الاصيل لانه كفيل عنه بأمره وان كفل واحد منهما عن صاحبه بما عليه ولم يكفل عنه صاحبه بما عليه فالقول قول الكفيل فيما أدى انه من كفالة صاحبه اليه أو من كفالة نفسه لانه لزمه المطالبة بالمال من وجهين أحدهما من جهة كفالة نفسه عن الاصيل والثاني من جهة الكفالة عن صاحبه وليس أحد الوجهين أولى من الآخر فكان له ولاية الاداء عن أيهما شاء فاذا قال أديته عن كفالة صاحبي يصدق ويرجع عليه لانه كفل عنه بأمره سواء أدى المال الى الطالب ثم قال ذلك أو قال ابتداء انى أؤدى عن كفالة صاحبي وكذا اذا قال أديته عن كفالة الاصيل فقبل منه ويرجع عليه لانه كفل عنه بأمره سواء قال ذلك بعد أداء المال الى الطالب أو عنده ابتداء وان كفل كل واحد منهما عن صاحبه بما عليه فما أدى كل واحد منهما يكون عن نفسه الى خمسمائة ولا يقبل قوله فيه انه أدى عن شريكه لا عن نفسه بل يكون عن نفسه الى هذا القدر فلا يرجع على شريكه وكذا اذا قال ابتداء انى أؤدى عن شريكى لا عن نفسى لا يقبل منه ويكون عن نفسه الى هذا القدر ولا يرجع على شريكه ما لم يزد المؤدى على خمسمائة لان المؤدى الى خمسمائة له معارض والزيادة لا معارض لها فاذا زاد على خمسمائة يرجع بالزيادة ان شاء على شريكه وان شاء على الاصيل وكذا والاشترى

رجلان عبداً بألف درهم وكفل كل واحد منهما عن صاحبه بحصته من الثمن فما أدى أحدهما يقع عن نفسه ولا يرجع على شريكه حتى يزيد على النصف لما ذكرنا وكذلك المتفاوضان اذا افترقا وعليهما دين فلصاحب الدين أن يطالب كل واحد منهما وأيهما أدى شيأ لا يرجع على شريكه حتى يزيد المؤدى على النصف لما ذكرنا هذا اذا كفلا كفالة واحدة ولم يكفل كل واحد منهما عن صاحبه بجميع المال فأما اذا كفل كل واحد منهما كفالة متفرقة بجميع المال عن المطلوب ثم كفل كل واحد منهما عن صاحبه بما عليه فما أدى أحدهما شيأ يرجع بكل المؤدى على الاصيل ان شاء وان شاء يرجع بنصفه على شريكه لان حق المطالبة بجميع المال لزم كل واحد منهما من وجهين الكفالة عن نفسه والكفالة عن صاحبه على السواء فيقع المؤدى نصفه عن نفسه ونصفه عن صاحبه لتساويهما في الكفالتين بالمؤدى واذا وقع نصف المؤدى عن صاحبه فيرجع عليه ليساويه في الاداء كما ساواه في الكفالة بالمؤدى بخلاف الفصل الاول لان هناك كل واحد منهما أصيل في نصف المال بالكفالة عن نفسه كفيل عن صاحبه بالكفالة عنه فيكون مؤديا عن نفسه الى النصف وههنا بخلافه لما مر

﴿فصل﴾ وأما بيان ما يرجع به الكفيل فنقول وبالله التوفيق ان الكفيل يرجع بما كفل لا بما أداه حتى لو كفل عن رجل بدراهم صحاح جياد فأعطاه مكسرة أو زيوفا وتجوز به المطالبة يرجع عليه بالصحاح الجياد لانه بالاداء ملك ما في ذمة الاصيل فيرجع بالمؤدى وهو الصحاح الجياد وليس هذا كالمأمور بأداء الدين له ان يرجع بالمؤدى لا بالدين لانه بالاداء ما ملك الدين بل أقرض المؤدى من الآمر فيرجع عليه بما أقرضه وكذلك لو أعطى بالدراهم دنانير أو شيأ من المكيل أو الموزون فانه يرجع عليه بما كفل لا بما أدى لما ذكرنا بخلاف ما اذا صالح من الالف على خمسمائة انه يرجع بالخمسمائة لا بالالف لانه بأداء الخمسمائة ما ملك ما في ذمة الاصيل وهو الالف لانه لا يمكن ايقاع الصلح تمليكا ههنا لانه يؤدى الى الربا فيقع اسقاطا لبعض الحق والساقط لا يحتمل الرجوع به وعن محمد فيمن كفل بخمسة دنانير فصالح الطالب الكفيل على ثلاثة ولم يقل أصالحك على أن تبرئني فالصلح واقع عن الاصيل والكفيل جميعا وبرئا جميعا ويرجع الكفيل على الاصيل بثلاثة دنانير ولو قال أصالحك على ثلاثة على أن تبرئني فهذا براءة عن الكفيل خاصة ويرجع الطالب على المطلوب بدينارين لان في الفصل الاول ايقاع الصلح على ثلاثة دنانير تصرف في نفس الحق باسقاط بعضه فكان الصلح واقعا عنهما جميعا فيبرآن جميعا ويرجع الكفيل على الاصيل بثلاثة دنانير لانه ملك هذا القدر بالاداء فيرجع به عليه (واما) في الفصل الثاني فاضافة الصلح الى ثلاثة مقرونا بشرط الابراء المضاف الى الكفيل ابراء للكفيل عن المطالبة بدينارين وابراء الكفيل لا يوجب ابراء الاصيل فيبرأ الكفيل ويبقى الديناران على الاصيل فيأخذه الطالب منهما وبالله التوفيق

﴿كتاب الحوالة﴾

الكلام في هذا الكتاب يقع في مواضع في بيان ركن الحوالة وفي بيان شرائط الركن وفي بيان حكم الحوالة وفي بيان ما يخرج به المحال عليه عن الحوالة وفي بيان الرجوع بعد الخروج انه هل يرجع أم لا (أما) ركن الحوالة فهو الايجاب والقبول الايجاب من المحيل والقبول من المحال عليه والمحال جميعا فالايجاب ان يقول المحيل للطالب أحلتك على فلان هكذا والقبول من المحال عليه والمحال أن يقول كل واحد منهما قبلت أو رضيت أو نحو ذلك مما يدل على القبول والرضا وهذا عند أصحابنا وقال الشافعي رحمه الله ان لم يكن للمحيل على المحال عليه دين فكذلك فأما اذا كان له عليه دين فيتم بايجاب المحيل وقبول المحتال (وجه) قوله ان المحيل في هذه الصورة مستوف حق نفسه بيد الطالب فلا يقف على قبول من عليه الحق كما اذا وكله بالقبض وليس هو كالمحال لان الحوالة تصرف عليه بنقل حقه من ذمة الى ذمة مع اختلاف الذمم فلا يصح من غير رضا صاحب الحق (ولنا) ان الحوالة تصرف على المحال

عليه بنقل الحق الى ذمته فلا يتم الا بقبوله و رضاه بخلاف التوكيل بقبض الدين لانه ليس تصرفا عليه بنقل الواجب اليه ابتداء بل هو تصرف بأداء الواجب فلا يشترط قبوله و رضاه ولان الناس فى اقتضاء الديون والمطالبة بها على التفاوت بعضهم أسهل مطالبة واقتضاء و بعضهم أصعب فلا بد من قبوله ليكون لزوم ضرر الصعوبة مضافا الى التزامه

﴿فصل﴾ وأما الشرائط فأنواع بعضها يرجع الى المحيل و بعضها يرجع الى المحال و بعضها يرجع الى المحال عليه و بعضها يرجع الى المحال به (أما) الذى يرجع الى المحيل فأنواع (منها) أن يكون عاقلا فلا تصح حوالة المجنون والصبى الذى لا يعقل لان العقل من شرائط أهلية التصرفات كلها (ومنها) أن يكون بالغا وهو شرط النفاذ دون الانعقاد فتنعقد حوالة الصبى العاقل موقوفا نفاذه على اجازة وليه لان الحوالة ابراء بحالها وفيها معنى المعاوضة بما لها خصوصا اذا كانت مقيدة فتنعقد من الصبى كالبيع ونحوه فأما حرية المحيل فليست بشرط لصحة الحوالة حتى تصح حوالة العبد مأذونا كان فى التجارة أو محجورا لانها ليست بتبرع بالتزام شئ كالكفالة فيملكها العبد غير انه ان كان مأذونا فى التجارة رجع عليه المحال عليه للحال اذا أدى ولم يكن للعبد عليه دين مثله و يتعلق برقبته وان كان محجورا يرجع عليه بعد العتق وكذا الصحة ليست بشرط لصحة الحوالة لانها من قبل المحيل ليست بتبرع فتصح من المريض (ومنها) رضا المحيل حتى لو كان مكرها على الحوالة لا تصح لان الحوالة ابراء فيها معنى التمليك فتفسد بالاكراه كسائر التمليكات (وأما) الذى يرجع الى المحال فانواع (منها) العقل لما ذكرنا ولان قبوله ركن وغير العاقل لا يكون من أهل القبول (ومنها) البلوغ وانه شرط النفاذ لا شرط الانعقاد فينعقد احتياله موقوفا على اجازة وليه ان كان الثانى أملأ من الاول وكذا الوصى اذا احتال بمال اليتيم لا تصح الا بهذه الشريطة لانه منهى عن قربان ماله الا على وجه الاحسن للآية الشريفة فيه ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتى هى أحسن (ومنها) الرضا حتى لو احتال مكرها لا تصح لما ذكرنا (ومنها) مجلس الحوالة وهو شرط الانعقاد عند أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف شرط النفاذ حتى ان المحتال لو كان غائبا عن المجلس فبلغه الخبر فاجاز لا ينفذ عندهما وعند أبى يوسف ينفذ والصحيح قولهما لان قبوله من أحد الاركان الثلاثة فكان كلامهما بدون شرط العقد فلا يقف على غائب عن المجلس كما فى البيع (وأما) الذى يرجع الى المحال عليه فأنواع أيضا (منها) العقل فلا يصح من المجنون والصبى الذى لا يعقل قبول الحوالة أصلا لما ذكرنا (ومنها) البلوغ وانه شرط الانعقاد أيضا فلا يصح من الصبى قبول الحوالة أصلا لما ذكرنا وان كان عاقلا سواء كان محجورا عليه أو مأذونا فى التجارة وسواء كانت الحوالة بغير أمر المحيل أو بأمره (أما) اذا كانت بغير أمره فظاهر لانه لا يملك الرجوع على المحيل فكان تبرعا بابتدائه وانتهائه وكذلك اذا كانت بأمره لانه تبرع بابتدائه فلا يملكه الصبى محجورا كان أو مأذونا فى التجارة كالكفالة وان قبل عنه وليه لا يصح أيضا لانه من التصرفات الضارة فلا يملكه الولى (ومنها) الرضا حتى لو أكره على قبول الحوالة لا يصح (ومنها) المجلس وانه شرط الانعقاد عندهما لما ذكرنا فى جانب المحيل (وأما) الذى يرجع الى المحال به فنوعان أحدهما أن يكون دينا فلا تصح الحوالة بالاعيان القائمة لانها نقل ما فى الذمة ولم يوجد والثانى أن يكون لازما فلا تصح الحوالة بدين غير لازم كبدل الكتابة وما يجرى مجراه لان ذلك دين تسمية لا حقيقة اذ المولى لا يجب له على عبده دين والاصل ان كل دين لا تصح الكفالة به لا تصح الحوالة به (وأما) وجوب الدين على المحال عليه للمحيل قبل الحوالة فليس بشرط لصحة الحوالة حتى تصح الحوالة سواء كان للمحيل على المحال عليه دين أو لم يكن وسواء كانت الحوالة مطلقة أو مقيدة والجملة فيه ان الحوالة نوعان مطلقة ومقيدة فالمطلقة أن يحيل بالدين على فلان ولا يقيده بالدين الذى عليه والمقيدة أن يقيده بذلك والحوالة بكل واحدة من النوعين جائزة لقوله عليه الصلاة والسلام من أحيل على ملئ فليتبع من غير فصل الا أن الحوالة المطلقة تخالف الحوالة المقيدة فى أحكام (منها) انه اذا أطلق الحوالة ولم يكن له على المحال عليه دين فان المحال يطلب المحال عليه بدين الحوالة لا غير وان كان له عليه دين فان المحال عليه يطالب بدينين دين الحوالة ودين المحيل فيطالبه

المحال بدين الحوالة و يطالبه المحيل بالدين الذى له عليه ولا ينقطع حق المطالبة للمحيل بدينه بسبب الحوالة لان الحوالة لم تتقيد بالدين الذى للمحال عليه لانها وجدت مطلقة عن هذه الشريطة فيتعلق دين الحوالة بذمته ودين المحيل بقى على حاله واذا قيدها بالدين الذى عليه ينقطع حق مطالبة المحيل لانه قيد الحوالة بهذا الدين فيتقيد به و يكون ذلك الدين بمنزلة الرهن عنده وان لم يكن رهنا على الحقيقة (ومنها) أنه لو ظهرت براءة المحال عليه من الدين الذى قيدت به الحوالة بان كان الدين ثمن مبيع فاستحق المبيع تبطل الحوالة ولو سقط عنه الدين لمعنى عارض بان هلك المبيع عند البائع قبل التسليم بعد الحوالة حتى سقط الثمن عنه لا تبطل الحوالة عنه لكن اذا أدى الدين بعد سقوط الثمن يرجع بما أدى على المحيل لانه قضى دينه بامره ولو ظهر ذلك فى الحوالة المطلقة لا يبطل لانه لما قيد الحوالة به فقد تعلق الدين به فاذا ظهر انه لا دين فقد ظهر انه لا حوالة لان الحوالة بالدين وقد تبين انه لا دين فتبين انه لا حولة ضرورة وهذا لا يوجد فى الحوالة المطلقة لان تعلق الدين به يوجب تقييد الحوالة ولم يوجد فلا يتعلق به الدين فيتعلق بالذمة فلا يظهر ان الحوالة كانت باطلة وكذلك لو قيد الحوالة بألف وديعة عند رجل فهلكت الالف عند المودع بطلت الحوالة ولو كانت الالف على المحال عليه مضمونة لا تبطل الحوالة بالهلاك لانه يجب عليه مثلها (ومنها) انه اذا مات المحيل فى الحوالة المقيدة قبل أن يؤدى المحال عليه الدين الى المحال وعلى المحيل ديون سوى دين المحال وليس له مال سوى هذا الدين لا يكون المحال أحق به من بين سائر الغرماء عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر يكون أحق به من بين سائر الغرماء كالرهن (ولنا) الفرق بين الحوالة والرهن وهو ان المرتهن اختص بغرم الرهن من بين سائر الغرماء ألا ترى انه لو هلك يسقط دينه خاصة ولما اختص بغرمه اختص بغنمه لان الخراج بالضمان فأما المحال فى الحوالة المقيدة فلم يختص بغرم ذلك المال ألا ترى انه لو توى لا يسقط دينه على المحيل والتوى على المحيل دونه فلما لم يختص بغرمه لم يختص بغنمه أيضا بل يكون هو وغرماء المحيل أسوة فى ذلك واذا أراد المحيل أن يأخذ المحال عليه ببقية دينه فليس له ذلك لان المال الذى قيدت به الحوالة استحق من المحال عليه فبطلت الحوالة ولو كانت الحوالة مطلقة والمسئلة بحالها يؤخذ من المحال عليه جميع الدين الذى عليه و يقسم بين غرماء المحيل ولا يدخل المحال فى ذلك وانما يؤخذ من المحال عليه لان الحوالة لم تتعلق به فذلك ملك المحيل ولا يشاركهم المحال فى ذلك لان حقه ثبت على المحال عليه ولا يعود الى المحيل ولكن القاضى يأخذ من غرماء المحيل كفيلا لانه ثبت الرجوع اليهم لاحد رجلين (اما) المحال اذا توى ما على الآخر وأما المحال عليه اذا أدى الدين فالقاضى نصب ناظر الامور المسلمين فيحتاط فى ذلك بأخذ الكفيل

﴿ فصل ﴾ واما بيان حكم الحوالة فنقول و بالله التوفيق الحوالة لها أحكام (منها) براءة المحيل وهذا عند أصحابنا الثلاثة وقال زفر الحوالة لا توجب براءة المحيل والحق فى ذمته بعد الحوالة على ما كان عليه قبلها كالكفالة سواء (وجه) قوله ان الحوالة شرعت وثيقة للدين كالكفالة وليس من الوثيقة براءة الاول بل الوثيقة فى مطالبة الثانى مع بقاء الدين على حاله فى ذمة الاول من غير تغيير كما فى الكفالة سواء (ولنا) أن الحوالة مشتقة من التحويل وهو النقل فكان معنى الانتقال لازما فيها والشئ اذا انتقل الى موضع لا يبقى فى المحل الاول ضرورة ومعنى الوثيقة يحصل بسهولة الوصول من حيث الملاءة والانصاف ولو كفل بشرط براءة الاصيل جاز وتكون حوالة لانه أتى بمعنى الحوالة واختلف مشايخنا المتأخرون فى كيفية النقل مع اتفاقهم على ثبوت أصله موجبا للحوالة قال بعضهم انها نقل المطالبة والدين جميعا وقال بعضهم انها نقل المطالبة فحسب فأما أصل الدين فباق فى ذمة المحيل (وجه) قول الاولين دلالة الاجماع والمعقول (أما) دلالة الاجماع فلانا أجمعنا على انه لو ابرأ المحال عليه من الدين أو وهب الدين منه صحت البراءة والهبة ولو أبرأ المحيل من الدين أو وهب الدين منه لا يصح ولولا أن الدين انتقل الى ذمة المحال عليه وفرغت ذمة المحيل عن الدين لما صح الاول لان الابراء عن الدين وهبة الدين ولا دين محال ولصح الثانى لان الابراء عن دين ثابت وهبته منه صحيح وان تأخرت المطالبة كالابراء عن الدين المؤجل (وأما) المعقول فلان الحوالة توجب النقل لانها

مشتقة من التحويل وهو النقل فيقتضى نقل ما أضيف اليه وقد أضيف الى الدين لا الى المطالبة لانه اذا قال أحلت بالدين أو أحلت فلانا بدينه فيوجب انتقال الدين الى المحال عليه الا أنه اذا انتقل أصل الدين اليه تنتقل المطالبة لانها تابعة (وجه) قول الآخرين دلالة الاجماع والمعقول (أما) دلالة الاجماع فان المحيل اذا قضى دين الطالب بعد الحوالة قبل أن يؤدى المحال عليه لا يكون متطوعا و يجبر على القبول ولو لم يكن عليه دين لكان متطوعا فينبغى أن لا يجبر على القبول كما اذا تطوع أجنبى بقضاء دين انسان على غيره وكذلك المحال لو أبرأ المحال عليه عن دين الحوالة لا يرتد برده ولو وهبه منه يرتد برده كما اذا أبرأ الطالب الكفيل أو وهب منه ولو انتقل الدين الى ذمة المحال عليه لما اختلف حكم الابراء والهبة ولا ارتدا جميعا بالرد كما لو أبرأ الاصيل أو وهب منه وكذلك المحال لو أبرأ المحال عليه عن دين الحوالة لا يرجع على المحيل وان كانت الحوالة بأمره كما فى الكفالة ولو وهب الدين منه له أن يرجع عليه اذا لم يكن للمحيل عليه دين كما فى الكفالة ولو كان له عليه دين يلتقيان قصاصا كالكفالة سواء فدلت هذه الاحكام على التسوية بين الحوالة والكفالة ثم ان الدين فى باب الكفالة ثابت فى ذمة الاصيل فكذا فى الحوالة (وأما) المعقول فهو أن الحوالة شرعت وثيقة للدين بمنزلة الكفالة وليس من الوثيقة ابراء الاول بل الوثيقة فى نقل المطالبة مع قيام اصل الدين فى ذمة المحيل (ومنها) ثبوت ولاية المطالبة للمحال على المحال عليه بدين فى ذمته أو فى ذمة المحيل على حسب ما ذكرنا من اختلاف المشايخ فيه لان الحوالة أوجبت النقل الى ذمة المحال عليه بدين فى ذمته اما نقل الدين والمطالبة جميعا واما نقل المطالبة لا غير وذلك يوجب حق المطالبة للمحال على المحال عليه (ومنها) ثبوت حق الملازمة للمحال عليه على المحيل اذا لازمه المحال فكلما لازمه المحال فله أن يلازم المحيل ليتخلص عن ملازمة المحال واذا حبسه له أن يحبسه اذا كانت الحوالة بأمر المحيل ولم يكن على المحال عليه دين مثله للمحيل لانه هو الذى أوقعه فى هذه العهدة فعليه تخليصه منها وان كانت الحوالة بغير أمره أو كانت بأمره ولكن للمحيل على المحال عليه دين مثله والحوالة مقيدة لم يكن للمحال عليه أن يلازم المحيل اذا لوزم ولا أن يحبسه اذا حبس لان الحوالة اذا كانت بغير أمر المحيل كان المحال عليه متبرعا وان كان للمحيل عليه دين مثله وقيد الحوالة به فلو لازمه المحال عليه لكان للمحيل أن يلازمه أيضاً فلا يفيد والله عز وجل أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما يخرج به المحال عليه من الحوالة فنقول وبالله التوفيق انه يخرج من الحوالة بانتهاء حكم الحوالة وحكم الحوالة ينتهى بأشياء (منها) فسخ الحوالة لان فيها معنى معاوضة المال بالمال فكانت محتملة للفسخ ومتى فسخ تعود المطالبة الى المحيل (ومنها) التوى عند علمائنا وعند الشافعى رحمه الله حكم الحوالة لا ينتهى بالتوى ولا تعود المطالبة الى المحيل واحتج بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال من أحيل على ملىء فليتبع ولم يفصل عليه الصلاة والسلام ولان الحوالة مبرئة بلا خلاف وقد عقدت مطلقة عن شريطة السلامة فتفيد البراءة مطلقا (ولنا) ما روى عن سيدنا عثمان رضى الله أنه قال فى المحال عليه اذا مات مفلساً عاد الدين الى ذمة المحيل وقال لا توى على مال امرئ مسلم وعن شريح مثل ذلك ذكره محمد فى الاصل ولم ينقل عن احد من الصحابة خلافه فكان اجماعا ولان الدين كان ثابتاً فى ذمة المحيل قبل الحوالة والاصل أن الدين لا يسقط الا بالقضاء قال النبى عليه الصلاة والسلام الدين مقضى الا أنه الحق الابراء بالقضاء فى السقوط والحوالة ليست بقضاء ولا ابراء فبقى الدين فى ذمته على ما كان قبل الحوالة الا أن بالحوالة انتقلت المطالبة الى المحال عليه لكن الى غاية التوى لان حياة الدين بالمطالبة فاذا توى لم تبق وسيلة الى الاحياء فعادت الى محلها الاصلى ولا حجة له فى الحديث لانه عليه الصلاة والسلام علق الحكم بشريطة الملاءة وقد ذهبت بالافلاس ثم التوى عند أبى حنيفة رحمه الله بشيئين لا ثالث لهما أحدهما أن يموت المحال عليه مفلسا والثانى أن يجحد الحوالة و يحلف ولا بينة للمحال وقد قال أبو يوسف ومحمد بهما و بثالث وهو أن يفلس المحال عليه حال حياته و يقضى القاضى بافلاسه بناء على أن القاضى يقضى بالافلاس حال

حياته عندهما وعنده لا يقضى به (ومنها) اداء المحال عليه المال الى المحال فاذا أدى المال خرج عن الحوالة اذ لا فائدة فى بقائها بعد انتهاء حكمها (ومنها) أن يهب المحال المال للمحال عليه و يقبله (ومنها) أن يتصدق به عليه و يقبله لان الهبة والصدقة فى معنى الابراء (ومنها) أن يموت المحال فيرثه المحال عليه (ومنها) أن يبرئه من المال والله عز وجل أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان الرجوع فجملة الكلام فى الرجوع فى موضعين فى بيان شرائط الرجوع وفى بيان ما يرجع به أما شرائطه فانواع (منها) أن تكون الحوالة بامر المحيل فان كانت بغير أمره لا يرجع بان قال رجل للطالب ان لك على فلان كذا وكذا من الدين فاحتل بها على فرضى بذلك الطالب جازت الحوالة الا أنه اذا أدى لا يرجع على المحيل لان الحوالة اذا كانت بامر المحيل صار المحال مملكا الدين من المحال عليه بما أدى اليه من المال فكان له أن يرجع بذلك على المحيل وان كانت بغير أمره لا يوجد معنى التمليك فلا تثبت ولاية الرجوع (ومنها) اداء مال الحوالة أو ما هو فى معنى الاداء كالهبة والصدقة اذا قبل المحال عليه وكذا اذا ورثه المحال عليه لان الارث من أسباب الملك فاذا ورثه فقد ملكه فكان له حق الرجوع ولو ابرأ المحال المحال عليه من الدين لا يرجع على المحيل لان الابراء اسقاط حقه فلا يعتبر فيه جانب التمليك الا عند اشتغاله بالرد فاذا لم يوجد بقى اسقاطا محضا فلم يملك المحال عليه شيأ فلا يرجع (ومنها) أن لا يكون للمحيل على المحال عليه دين مثله فان كان لا يرجع لان الدينين التقيا قصاصا لانه لو رجع على المحيل لرجع المحيل عليه أيضاً فلا يفيد فيتقاصا الدينين فبطل حق الرجوع (وأما) بيان ما يرجع به فنقول و بالله التوفيق ان المحال عليه يرجع بالمحال به لا بالمؤدى حتى لو كان الدين المحال به دراهم فنقد المحال عليه دنانير عن الدراهم أو كان الدين دنانير فنقده دراهم عن الدنانير فتصارفا جاز و يراعى فيه شرائط الصرف حتى لو افترقا قبل القبض أو شرطا فيه الاجل والخيار يبطل الصرف و يعود الدين الى حاله واذا صحت المصارفة فالمحال عليه يرجع على المحيل بمال الحوالة لا بالمؤدى لان الرجوع بحكم الملك وأنه يملك دين الحوالة لا المؤدى بخلاف المأمور بقضاء الدين لما ذكرنا فى كتاب الكفالة وكذا اذا باعه بالدراهم أو الدنانير عرضا يرجع بمال الحوالة لما ذكرنا وكذا اذا أعطاه زيوفا مكان الجياد وتجوز بها المحال رجع على المحيل بالجياد لما قلنا ولو صالح المحال المحال عليه فان صالحه على جنس حقه وأبرأه عن الباقى يرجع على المحيل بالقدر المؤدى لانه ملك ذلك القدر من الدين فيرجع به وان صالح على خلاف جنس حقه بان صالحه من الدراهم على دنانير أو على مال آخر يرجع على المحيل بكل الدين لان الصلح على خلاف جنس الحق معاوضة والمؤدى يصلح عوضا على كل الدين ولو قبض المحال مال الحوالة ثم اختلفا فقال المحيل لم يكن لك على شئ وانما أنت وكيلى فى القبض والمقبوض لى وقال المحال لا بل أحلتنى بألف كانت لى عليك فالقول قول المحيل مع يمينه لان المحال يدعى عليه دينا وهو ينكر والقول قول المنكر عند عدم البينة مع يمينه والله عز وجل أعلم

﴿ كتاب الوكالة ﴾

الكلام فى هذا الكتاب فى مواضع فى بيان معنى التوكيل لغة وشرعا وفى بيان ركن التوكيل وفى بيان شرائط الركن وفى حكم التوكيل وفى بيان ما يخرج به الوكيل عن الوكالة أما الاول فالتوكيل اثبات الوكالة والوكالة فى اللغة تذكر و يراد بها الحفظ قال الله عز وجل وقالوا حسبنا الله ونعم الوكيل أى الحافظ وقال تبارك وتعالى لا اله الا هو فاتخذه وكيلا قال الفراء أى حفيظا وتذكر و يراد بها الاعتماد وتفويض الامر قال الله تعالى وعلى الله فليتوكل المتوكلون وقال الله تعالى عز وجل خبراً عن سيدنا هود عليه الصلاة والسلام انى توكلت على الله ربى وربكم أى اعتمدت على الله وفوضت أمرى اليه وفى الشريعة يستعمل فى هذين المعنيين أيضاً على تقرير الوضع اللغوى وهو تفويض التصرف والحفظ الى الوكيل ولهذا قال أصحابنا ان من قال لآخر وكلتك فى كذا أنه يكون وكيلا فى الحفظ

لانه أدى ما يحتمله اللفظ فيحتمل عليه

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ركن التوكيل فهو الايجاب والقبول فالايجاب من الموكل أن يقول وكلتك بكذا أو افعل كذا أو اذنت لك أن تفعل كذا ونحوه والقبول من الوكيل أن يقول قبلت وما يجرى مجراه فما لم يوجد الايجاب والقبول لا يتم العقد ولهذا لو وكل انسانا بقبض دينه فأبى أن يقبل ثم ذهب الوكيل فقبضه لم يبرأ الغريم لان تمام العقد بالايجاب والقبول وكل واحد منهما يرتد بالرد قبل وجود الآخر كما فى البيع ونحوه ثم ركن التوكيل قد يكون مطلقا وقد يكون معلقا بالشرط نحو أن يقول ان قدم زيد فأنت وكيلى فى بيع هذا العبد وقد يكون مضافا الى وقت بان يقول وكلتك فى بيع هذا العبد غدا و يصير وكيلا فى الغد فما بعده ولا يكون وكيلا قبل الغد لان التوكيل اطلاق التصرف والاطلاقات مما يحتمل التعليق بالشرط والاضافة الى الوقت كالطلاق والعتاق واذن العبد فى التجارة والتمليكات كالبيع والهبة والصدقة والابراء عن الديون والتقييدات كعزل الوكيل والحجر على العبد المأذون والرجعة والطلاق الرجعى لا يحتمل ذلك

﴿ فصل ﴾ وأما الشرائط فانواع بعضها يرجع الى الموكل و بعضها يرجع الى الوكيل و بعضها يرجع الى الموكل به أما الذى يرجع الى الموكل فهو أن يكون ممن يملك فعل ما وكل به بنفسه لان التوكيل تفويض ما يملكه من التصرف الى غيره فما لا يملكه بنفسه كيف يحتمل التفويض الى غيره فلا يصح التوكيل من المجنون والصبى الذى لا يعقل أصلا لان العقل من شرائط الاهلية ألا ترى أنهما لا يملكان التصرف بانفسهما وكذا من الصبى العاقل بما لا يملكه بنفسه كالطلاق والعتاق والهبة والصدقة ونحوها من التصرفات الضارة المحضة و يصح بالتصرفات النافذة كقبول الهبة والصدقة من غير اذن المولى لانه مما يملكه بنفسه بدون اذن وليه فيملك تفويضه الى غيره بالتوكيل وأما التصرفات الدائرة بين الضرر والنفع كالبيع والاجارة فان كان مأذونا له فى التجارة يصح منه التوكيل بها لانه يملكها بنفسه وان كان محجورا ينعقد موقوفا على اجازة وليه وعلى اذن وليه بالتجارة أيضاً كما اذا فعل بنفسه لان فى انعقاده فائدة لوجود المجيز للحال وهو الولى ولا يصح من العبد المحجور و يصح من المأذون والمكاتب لانهما يملكان بانفسهما فيملكان بالتفويض الى غيرهما بخلاف المحجور وأما التوكيل من المرتد فموقوف ان أسلم ينفذ وان قتل أو مات على الردة أو لحق بدار الحرب يبطل عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف ومحمد هو نافذ بناء على أن تصرفات المرتد موقوفة عنده لوقوف املاكه وعندهما نافذة لثبوت أملاكه ويجوز التوكيل من المرتدة بالاجماع لان تصرفاتها نافذة بلا خلاف وأما الذى يرجع الى الوكيل فهو أن يكون عاقلا فلا تصح وكالة المجنون والصبى الذى لا يعقل لما قلنا وأما البلوغ والحرية فليسا بشرط لصحة الوكالة فتصح وكالة الصبى العاقل والعبد مأذونين كانا أو محجورين وهذا عند أصحابنا وقال الشافعى رحمه الله وكالة الصبى غير صحيحة لانه غير مكلف ولا تصح وكالة المجنون (ولنا) ماروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما خطب أم سلمة قالت ان أوليائى غيب يارسول الله فقال صلى الله عليه وسلم ليس فيهم من يكرهنى ثم قال لعمرو بن أم سلمة قم فزوج أمك منى فزوجها من رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان صبياً والاعتبار بالمجنون غير سديد لان العقل شرط أهلية التصرفات الشرعية وقد انعدم هناك ووجد هنا فتصح وكالته كالبالغ الا أن حقوق العقد من البيع ونحوه ترجع الى الوكيل اذا كان بالغا واذا كان صبيا ترجع الى الموكل لما نذكر فى موضعه ان شاء الله تعالى وكذا ردة الوكيل لا تمنع صحة الوكالة فتجوز وكالة المرتد بان وكل مسلم مرتدا لان وقوف تصرفات المرتد لوقوف ملكه والوكيل يتصرف فى ملك الموكل وانه نافذ التصرفات وكذا لو كان مسلما وقت التوكيل ثم ارتد فهو على وكالته لما قلنا الا أن يلحق بدار الحرب فتبطل وكالته لما نذكر فى موضعه (وأما) علم الوكيل فهل هو شرط لصحة الوكالة لا خلاف فى أن العلم بالتوكيل فى الجملة شرط اما علم الوكيل واما علم من يعامله حتى انه لو وكل رجلا ببيع عبده فباعه الوكيل من رجل قبل علمه وعلم الرجل بالتوكيل لا يجوز بيعه حتى

يجيزه

يجيزه الموكل أو الوكيل بعد علمه بالوكالة لان حكم الآمر لا يلزم الا بعد العلم بالمأمور به أو القدرة على اكتساب سبب العلم بالمأمور به كما في أوامر الشرع (وأما) علم الوكيل على التعيين بالتوكيل فهل هو شرط ذكر في الزيادات انه شرط وذكر في الوكالة انه ليس بشرط فانه قال اذا قال الموكل لرجل اذهب بعبدي هذا الى فلان فيبيعه فلان منك فذهب الرجل بالعبد اليه واخبره أن صاحب العبد أمره ببيعه منه فاشتراه منه صح شراؤه وان لم يخبره بذلك فالبيع جائز كذا ذكر محمد في كتاب الوكالة وجعل علم المشتري بالتوكيل كعلم البائع الوكيل وذكر في الزيادات انه لا يجوز البيع وصورة المسألة في الصبي المأذون وذكر في المأذون الكبير ما يدل على جواز البيع فانه قال اذا قال المولى لقوم بايعوا عبدي فاني قد أذنت له في التجارة فبايعوه جاز وان لم يعلم العبد باذن المولى لهم بالمبايعة وليس التوكيل كالوصاية فان من أوصى الى رجل غائب أي جعله وصياً بعد موته ثم مات الموصي ثم ان الوصي باع شيأ من تركة الميت قبل علمه بالوصاية والموت فان بيعه جائز استحسانا أو يكون ذلك قبولا منه للوصاية حتى لا يملك اخراج نفسه منها والقياس أن لا يجوز والفرق أن الوصي خلف عن الموصي قائم مقامه كالوارث يقوم مقام المورث ولو باع الوارث تركة الميت بعد موته وهو لا يعلم موته جاز بيعه فكذا الوصي بخلاف التوكيل لانه أمر من الموكل وحكم الامر لا يلزم الا بعد العلم أو سببه على ما مر فاذا ثبت أن العلم بالتوكيل شرط فان كان التوكيل بحضرة الموكل أو كتب الموكل بذلك كتابا اليه فبلغه وعلم ما فيه أو أرسل اليه رسولا فبلغ الرسالة أو أخبره بالتوكيل رجلان أو رجل واحد عدل صار وكيلا بالاجماع وان أخبره بذلك رجل واحد غير عدل فان صدقه صار وكيلا أيضا وان لم يصدقه ينبغي أن يكون على الاختلاف في العدل عند أبي حنيفة لا يكون وكيلا وعند أبي يوسف ومحمد يكون وكيلا كما في العزل على ما نذكره في موضعه ان شاء الله تعالى (وأما) الذي يرجع الى الموكل به فانه يرجع الى بيان ما يجوز التوكيل به وما لا يجوز والجملة فيه ان التوكيل لا يخلو اما أن يكون بحقوق الله عز وجل وهي الحدود واما أن يكون بحقوق العباد والتوكيل بحقوق الله عز وجل نوعان أحدهما بالاثبات والثاني بالاستيفاء أما التوكيل باثبات الحدود فان كان حدا لا يحتاج فيه الى الخصومة كحد الزنا وشرب الخمر فلا يتقدر التوكيل فيه بالاثبات لانه يثبت عند القاضي بالبينة أو الاقرار من غير خصومة وان كان مما يحتاج فيه الى الخصومة كحد السرقة وحد القذف فيجوز التوكيل باثباته عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف لا يجوز ولا تقبل البينة فيهما الا من الموكل وكذلك الوكيل باثبات القصاص على هذا الخلاف (وجه) قول أبي يوسف انه كما لا يجوز التوكيل فيه بالاستيفاء فكذا بالاثبات لان الاثبات وسيلة الى الاستيفاء ولهما الفرق بين الاثبات والاستيفاء وهو ان امتناع التوكيل في الاستيفاء لمكان الشبهة وهي منعدمة في التوكيل بالاثبات (وأما) التوكيل باستيفاء حد القذف والسرقة فان كان المقذوف والمسروق منه حاضرا وقت الاستيفاء جاز لان ولاية الاستيفاء الى الامام وانه لا يقدر على أن يتولى الاستيفاء بنفسه على كل حال وان كان غائبا اختلف المشايخ فيه قال بعضهم يجوز لان عدم الجواز لاحتمال العفو والصلح وانه لا يحتملهما وقال بعضهم لا يجوز لانه ان كان لا يحتمل العفو والصلح فيحتمل الاقرار والتصديق وهذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله يجوز التوكيل باستيفاء حد القذف كيف ما كان (وجه) قوله ان هذا حقه فكان بسبيل من استيفائه بنفسه وبنائبه كما في سائر الحقوق (ولنا) الفرق على قول بعض المشايخ وهو ما ذكرنا انه يحتمل أنه لو كان حاضر الصدق الرامي فيما رماه أو يترك الخصومة فلا يجوز استيفاء الحد مع الشبهة والشبهة لا تمنع من استيفاء سائر الحقوق ويجوز التوكيل بالتعزير اثباتا واستيفاء بالاتفاق وللوكيل أن يستوفي سواء كان الموكل غائبا أو حاضرا لانه حق العبد ولا يسقط بالشبهات بخلاف الحدود والاختصاص ولهذا ثبت بشهادة رجل وامرأتين فأشبه سائر الحقوق بخلاف الحد والقصاص (وأما) التوكيل باستيفاء القصاص فان كان الموكل وهو المولى حاضرا جاز لانه قد لا يقدر على الاستيفاء بنفسه فيحتاج الى التوكيل وان كان غائبا لا يجوز لان احتمال العفو قائم لجواز أنه لو كان حاضرا

لعفافلا يجوز استيفاء القصاص مع قيام الشبهة وهذا المعنى منعدم حالة الحضرة وعند الشافعى رحمه الله يجوز وان كان غائباً والكلام فى الطرفين على نحو ما ذكرنا فى حد القذف (وأما) التوكيل بحقوق العباد فنقول و بالله التوفيق حقوق العباد على نوعين نوع لا يجوز استيفاؤه مع الشبهة كالقصاص وقد مر حكم التوكيل باثباته و باستيفائه ونوع يجوز استيفاؤه وأخذه مع الشبهة كالديون والاعتاق وسائر الحقوق سوى القصاص فنقول لا خلاف انه يجوز التوكيل بالخصومة فى اثبات الدين والعين وسائر الحقوق برضا الخصم حتى يلزم الخصم جواب التوكيل والاصل فيه ما روى عن عبد الله بن جعفر رضى الله عنهما ان سيدنا علياً رضى الله عنه كان لا يحضر الخصومة وكان يقول ان لها قحماً يحضرها الشياطين فجعل الخصومة الى عقيل رضى الله عنه فلما كبر ورق حولها الى وكان على يقول ما قضى لوكيلى فلى وما قضى على وكيلى فعلى ومعلوم أن سيدنا علياً رضى الله عنه لم يكن ممن لا يرضى أحد بتوكيله فكان توكيله برضا الخصم فدل على الجواز برضا الخصم واختلف فى جوازه بغير رضا الخصم قال أبو حنيفة عليه الرحمة لا يجوز من غير عذر المرض والسفر وقال أبو يوسف ومحمد يجوز فى الاحوال كلها وهو قول الشافعى رحمه الله وذكر الجصاص انه لا فصل فى ظاهر الرواية بين الرجل والمرأة والبكر والثيب لكن المتأخرين من أصحابنا استحسنوا فى المرأة اذا كانت مخدرة غير برزة فجوزوا توكيلها وهذا استحسان فى موضعه وقال ابن أبى ليلى لا يجوز الا توكيل البكر وهذا غير سديد لما نذكر (وجه) قولهم ان التوكيل بالخصومة صادف حق الموكل فلا يقف على رضا الخصم كالتوكيل باستيفاء الدين ودلالة ذلك ان الدعوى حق المدعى والانكار حق المدعى عليه فقد صادف التوكيل من المدعى والمدعى عليه حق نفسه فلا يقف على رضا خصمه كما لو كان خاصمه بنفسه ولابى حنيفة رحمه الله أن الحق هو الدعوى الصادقة والانكار الصادق ودعوى المدعى خبر يحتمل الصدق والكذب والسهو والغلط وكذا انكار المدعى عليه فلا يزداد الاحتمال فى خبره بمعارضة خبر المدعى فلم يكن كل ذلك حقاً فكان الاصل أن لا يلزم به جواب الا أن الشرع ألزم الجواب لضرورة فصل الخصومات وقطع المنازعات المؤدية الى الفساد واحياء الحقوق الميتة وحق الضرورة يصير مقضياً بجواب الموكل فلا تلزم الخصومة عن جواب الوكيل من غير ضرورة مع ما ان الناس فى الخصومات على التفاوت بعضهم أشد خصومة من الآخر فربما يكون الوكيل الحن بحجته فيعجز من يخاصمه عن احياء حقه فيتضرر به فيشرط رضا الخصم ليكون لزوم الضرر مضافاً الى التزامه واذا كان الموكل مريضاً أو مسافراً فهو عاجز عن الدعوى وعن الجواب بنفسه فلو لم يملك النقل الى غيره بالتوكيل لضاعت الحقوق وهلكت وهذا لا يجوز وكذلك اذا كانت المرأة مخدرة مستورة لانها تستحيى عن الحضور لمحافل الرجال وعن الجواب بعد الخصومة بكرا كانت أو ثيبا فيضيع حقها (وأما) فى مسألتنا فلا ضرورة ولو وكل بالخصومة واستثنى الاقرار وتزكية الشهود فى عقد التوكيل بكلام منفصل جاز ويصير وكيلا بالانكار سواء كان التوكيل من الطالب أو من المطلوب فى ظاهر الرواية وروى عن محمد أنه اذا وكل الطالب واستثنى الاقرار يجوز وان وكل المطلوب لا يجوز والصحيح جواب ظاهر الرواية لان استثناء الاقرار فى عقد التوكيل انما جاز لحاجة الموكل اليه لان الوكيل بالخصومة يملك الاقرار على موكله عند أصحابنا الثلاثة ولو أطلق التوكيل من غير استثناء لتضرر به الموكل وهذا المعنى لا يوجب الفصل بين التوكيل من الطالب والمطلوب لان كل واحد منهما يحتاج الى التوكيل بالخصومة هذا اذا وكل بالخصومة واستثنى الاقرار فى العقد فاما اذا وكل مطلقاً ثم استثنى الاقرار فى كلام منفصل يصح عند أبى يوسف وعند محمد لا يصح (وأما) التوكيل بالاقرار فذكر فى الاصل انه يجوز وذكر الطحاوى انه لا يجوز ويجوز التوكيل بالخصومة من المضارب والشريك شركة العنان والمفاوضة والعبد المأذون والمكاتب لانهم يملكون الخصومة بأنفسهم فيملكون تفويضها الى غيرهم بالتوكيل ويجوز من الذمى كما يجوز من المسلم لان حقوقهم مصونة مرعية عن الضياع كحقوقنا ويجوز التوكيل بقبض الدين لان الموكل قد لا يقدر على الاستيفاء بنفسه فيحتاج

الى التفويض الى غيره كالوكيل بالبيع والشراء وسائر التصرفات الا أن التوكيل بقبض رأس مال السلم و بدل الصرف انما يجوز فى المجلس لان الموكل انما يملك القبض فيه لا فى غيره واذا قبض الدين من الغريم برئ الغريم لان القبض الصحيح يوجب البراءة وتجوز الوكالة بقضاء الدين لانه يملك القضاء بنفسه وقد لا يتهيأ له القضاء بنفسه فيحتاج الى التفويض الى غيره سواء كان الموكل حرا أو عبدا مأذونا أو مكاتبا لانهما يملكان القضاء بأنفسهما فيملكان التفويض الى غيرهما أيضا ويجوز بطلب الشفعة و بالرد بالعيب و بالقسمة لان هذه حقوق يتولاها المرء بنفسه فيملك توليتها غيره ويجوز بالنكاح والخلع والصلح عن دم العمد والكتابة والاعتاق على مال والصلح على انكار لانه يملك هذه التصرفات بنفسه فيملك تفويضها الى غيره وتجوز الهبة والصدقة والاعارة والايداع والرهن والاستعارة والاستيهاب والارتهان لما قلنا ويجوز بالشركة والمضاربة لما قلنا ويجوز بالاقراض والاستقراض الا أن فى التوكيل بالاستقراض لا يملك الموكل ما استقرضه الوكيل الا اذا بلغ على وجه الرسالة بأن يقول أرسلنى فلان اليك ليستقرض كذا ويجوز التوكيل بالصلح و بالابراء ويجوز بالطلاق والعتاق والاجارة والاستئجار لما قلنا ويجوز بالسلم والصرف لانه يملكهما بنفسه فيملك تفويضهما الى غيره الا أن قبض البدل فى المجلس شرط بقاء العقد على الصحة والعبرة لبقاء العاقدين وافتراقهما لان حقوق العقد راجعة اليهما لما نذكر فاذا تقابض الوكيلان فى المجلس فقد وجد القبض المستحق قبل الافتراق فيبقى العقد على الصحة بخلاف الرسولين اذا تقابضا فى المجلس ثم افترقا انه يبطل العقد لان حقوق العقد لا ترجع الى الرسول فلا يقع قبضهما عن المستحق بالعقد فاذا افترقا فقد حصل الافتراق لا عن قبض فيبطل العقد بخلاف الوكيلين على ما مر ولا تعتبر مفارقة الموكل لان الحقوق لا ترجع اليه بل هو أجنبى عنها فبقاؤه وافتراقه بمنزلة واحدة ويجوز التوكيل بالبيع والشراء لانهما مما يملك الموكل مباشرتهما بنفسه فيملك التفويض الى غيره الا أن لجواز التوكيل بالشراء شرط وهو الخلو عن الجهالة الكثيرة فى أحد نوعى الوكالة دون النوع الآخر وبيان ذلك ان التوكيل بالشراء نوعان عام وخاص فالعام أن يقول له اشترلى ما شئت أو ما رأيت أو أى ثوب شئت أو أى دار شئت أو ما تيسر لك من الثياب ومن الدواب و يصح مع الجهالة الفاحشة من غير بيان النوع والصفة والثمن لانه فوض الرأى اليه فيصح مع الجهالة الفاحشة كالبضاعة والمضاربة والخاص أن يقول اشترلى ثوبا أو حيوانا أو دابة أو جوهرا أو عبدا أو جارية أو فرسا أو بغلا أو حمارا أو شاة والاصل فيه ان الجهالة ان كانت كثيرة تمنع صحة التوكيل وان كانت قليلة لا تمنع وهذا استحسان والقياس أن يمنع قليلها وكثيرها ولا يجوز الا بعد بيان النوع والصفة ومقدار الثمن لان البيع والشراء لا يصحان مع الجهالة اليسيرة فلا يصح التوكيل بهما أيضا (وجه) الاستحسان ما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم دفع دينارا الى حكيم بن حزام ليشترى له به أضحية ولو كانت الجهالة القليلة مانعة من صحة التوكيل بالشراء لما فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم لان جهالة الصفة لا ترتفع بذكر الاضحية و بقدر الثمن ولان الجهالة القليلة فى باب الوكالة لا تفضى الى المنازعة لان مبنى التوكيل على الفسحة والمسامحة فالظاهر انه لا تجوز المنازعة فيه عند قلة الجهالة بخلاف البيع لان مبناه على المضايقة والمماكسة لكونه معاوضة المال بالمال فالجهالة فيه وان قلت تفضى الى المنازعة فتوجب فساد العقد فهو الفرق واذا ثبت ان الجهالة القليلة غير مانعة ففى كل موضع قلت الجهالة صح التوكيل بالشراء والا فلا فينظر ان كان اسم ما وقع التوكيل بشرائه مما يقع على أنواع مختلفة لا يجوز التوكيل به الا بعد بيان النوع وذلك نحو ان يقول اشترلى ثوبا لان اسم الثوب يقع على أنواع مختلفة من ثوب الابريسم والقطن والكتان وغيرهما فكانت الجهالة كثيرة فمنعت صحة التوكيل فلا يصح وان سمى الثمن لان الجهالة بعد بيان الثمن متفاحشة فلا تقل الا بذكر النوع بأن يقول اشترلى ثوبا هرويا فان سكت عنه كثرت الجهالة فلم يصح التوكيل وكذا اذا قال اشترلى حيوانا أو قال اشترلى دابة أو أرضا أو مملوكا أو جوهرا أو حبوبا لان كل واحد منها اسم جنس يدخل تحته أنواع مختلفة فلا بد من ذكر النوع بأن يقول ثوبا هرويا فاذا سكت عنه كثرت الجهالة فلم يصح التوكيل وكذا اذا قال

اشترلى دارا لا يصح لان بين الدار والدار تفاوتا فاحشا فان عين الدار يجوز وان لم يعين ولكنه بين الثمن جاز أيضا و يقع على دور المصر الذى وقع فيه الوكيل لان الجهالة تقل بعد بيان الثمن و روى عن أبى يوسف انه لا يصح التوكيل بعد بيان الثمن حتى يعين مصرا من الامصار ولو قال اشترلى دارا فى موضع كذا أو حبة لؤلؤ أو فص ياقوت أحمر ولم يسم الثمن لا يجوز لان التفاوت متفاحش والصفة لا تصير معلومة بحال الموكل فلا بد من بيان الثمن وان كان اسم ما وقع التوكيل بشرائه لا يقع الا على نوع واحد يكتفى فيه بذكر أحد أمرين اما الصفة بأن قال اشترلى عبدا تركيا أو مقدار الثمن بأن قال اشترلى عبدا بألف درهم لان الجهالة تقل بذكر أحدهما و بحال الموكل لان الصفة تصير معلومة بذكر الثمن وان لم يذكرها واذا ذكر الصفة يصير الثمن معلوما بحال الآمر فيما يشترى به أمثاله عادة حتى انه لو خرج المشترى عن عادة أمثاله لا يلزم الموكل كذا روى عن أبى يوسف فيمن قال اشترلى خادما من جنس كذا ان ذلك يقع على ما يتعامله الناس من ذلك الجنس فان كان الثمن كثيرا لا يتعامل الناس به لم يجز على الآمر وكذا البدوى اذا قال اشترلى خادما حبشيا فهو على ما يعتاده أهل البادية وهذا كله اعتبار حال الموكل فان لم يذكر أحدهما أصلا فالوكالة باطلة لان الجهالة تفحشت بترك ذكرهما جميعا فمنعت صحة الوكالة ولو قال اشترلى حمارا أو بغلا أو فرسا أو بعيرا ولم يذكر له صفة ولا ثمنا قالوا انه يجوز لان النوع صار معلوما بذكر الحمار والبغل والفرس والبعير والصفة تصير معلومة بحال الموكل وكذا الثمن فينظر ان اشترا حمارا بمثل قيمته أو بأقل أو بأكثر قدر ما يتغابن الناس فى مثله جاز على الموكل اذا كان الحمار مما يشترى مثله الموكل وان كان مما لا يشترى مثله الموكل لا يجوز على الموكل و يلزم الوكيل وان اشتراه بمثل قيمته نحو ان يكون الموكل مكاريا فاشترى الوكيل حمارا مصريا يصلح للركوب لان مثله يشترى الحمار للعمل والحمل لا للركوب ولو قال اشترلى شاة أو بقرة ولم يذكر صفة ولا ثمنا لا يجوز لان الشاة والبقرة لا تصير معلومة الصفة بحال الموكل ولا بد وان يكون أحدهما معلوما لما بينا ولو قال اشترلى حنطة لا يصح التوكيل ما لم يذكر أحد شيئين اما قدر الثمن واما قدر المثمن وهو المكيل لان الجهالة لا تقل الا بذكر أحدهما وعلى هذا جميع المقدرات من المكيلات والموزونات ولو وكله ليشترى له طيلسانا لا يصح الا بعد بيان الثمن والنوع لان الجهالة لا تقل الا بعد بيان أحدهما والله عز وجل أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان حكم التوكيل فنقول و بالله التوفيق حكم التوكيل صيرورة المضاف اليه وكيلا لان التوكيل اثبات الوكالة وللوكالة أحكام (منها) ثبوت ولاية التصرف الذى تناوله التوكيل فيحتاج الى بيان ما يملكه الوكيل من التصرف بموجب التوكيل بعد صحته وما لا يملكه فنقول و بالله التوفيق الوكيل بالخصومة يملك الاقرار على موكله فى الجملة عند أصحابنا الثلاثة وقال زفر والشافعى رحمهما الله لا يملك والاب والوصى وأمين القاضى لا يملك الاقرار على الصغير بالاجماع (وجه) قولهما ان الوكيل بالخصومة وكيل بالمنازعة والاقرار مسالمة فلا يتناوله التوكيل بالخصومة فلا يملكه الوكيل (ولنا) ان التوكيل بالخصومة وكيل بالجواب الذى هو حق عند الله عز وجل وقد يكون ذلك انكارا وقد يكون اقرارا فاذا أقر على موكله دل ان الحق هو الاقرار فينفذ على الموكل كما اذا أقر على موكله وصدقه الموكل ثم اختلف أصحابنا الثلاثة فيما بينهم قال أبو حنيفة ومحمد يصح اقراره فى مجلس القاضى لا فى غيره وقال أبو يوسف يصح فيه وفى غيره (وجه) قوله ان التوكيل تفويض ما يملكه الموكل الى غيره واقرار الموكل لا تقف صحته على مجلس القاضى فكذا اقرار الوكيل ولهما انه فوض الامر اليه لكن فى مجلس القاضى لان التوكيل بالخصومة أو بجواب الخصومة وكل ذلك يختص بمجلس القاضى ألا ترى ان الجواب لا يلزم فى غير مجلس القاضى وكذا الخصومة لا تندفع باليمين فى غير مجلس القاضى فتتقيد بمجلس القاضى الا أنه اذا أقر فى غير مجلس القاضى يخرج عن الوكالة و ينعزل لانه لو بقى وكيلا لبقى وكيلا بالاقرار عينا لان الانكار لا يسمع منه للتناقض والاقرار عينا غير موكل به والوكيل بالخصومة فى مال اذا قضى القاضى به يملك قبضه عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر لا يملك (وجه) قوله ان

المطلوب من الوكيل بالخصومة الاهتداء ومن الوكيل بالقبض الامانة وليس كل من يهتدى الى شئ يؤتمن عليه فلا يكون التوكيل بالخصومة توكيلا بالقبض (ولنا) انه لما وكله بالخصومة فى مال فقد ائتمنه على قبضه لان الخصومة فيه لا تنتهى الا بالقبض فكان التوكيل بها توكيلا بالقبض والوكيل بتقاضى الدين يملك القبض فى ظاهر الرواية لان حق التقاضى لا ينقطع الا بالقبض فكان التوكيل به توكيلا بالقبض ولان التقاضى والاقتضاء والاستيفاء واحد الا أن المتأخرين من أصحابنا قالوا انه لا يملك فى عرف ديارنا لان الناس فى زماننا لا يرضون بقبض المتقاضى كالوكلاء على أبواب القضاة لتهمة الخيانة فى أموال الناس والوكيل بقبض الدين يملك الخصومة فى اثبات الدين اذا أنكر الغريم عند أبى حنيفة وعندهما لا يملك وهو رواية الحسن عن أبى حنيفة أيضا فيملك اقامة البينة وكذا لو أقام المدعى عليه البينة ان صاحب الدين استوفى منه أو أبرأه عنه قبلت بينته عنده وعندهما لا تقبل ولا يملك وأجمعوا فى الوكيل بقبض العين اذا أنكر من فى يده انه لا يملك الخصومة حتى لا يملك اقامة البينة ولو أقام المدعى عليه البينة انه اشتراها من الذى وكله بالقبض لا تسمع منه بينته فى اثبات الشراء ولكنها تسمع لدفع خصومة الوكيل فى الحال الى أن يحضر الموكل وقالوا فى الوكيل بطلب الشفعة وبالرد بالعيب وبالقسمة انه يملك الخصومة (وجه) قولهما أن التوكيل بقبض الدين توكيل باستيفاء عين الحق فلا يتعدى الى الخصومة كالتوكيل بقبض العين ولابى حنيفة أن التوكيل بقبض الدين توكيل بالمبادلة والحقوق فى مبادلة المال بالمال تتعلق بالعاقد كما فى البيع والاجارة ودلالة ذلك أن استيفاء عين الدين لا يتصور لان الدين اما أن يكون عبارة عن الفعل وهو فعل تسليم المال واما أن يكون عبارة عن مال حكمى فى الذمة وكل ذلك لا يتصور استيفاؤه ولكن استيفاء الدين عبارة عن نوع مبادلة وهو مبادلة المأخوذ العين بما فى ذمة الغريم وتمليكه بهذا القدر المأخوذ من المال فأشبه البيع والخصومة فى حقوق مبادلة المال بالمال فيملكه الوكيل بخلاف الوكيل بقبض الثمن لان ذلك توكيل باستيفاء عين الحق لا بالمبادلة لان عينه مقدور الاستيفاء فلا يملك الخصومة فيها الا بأمر جديد فهو الفرق بين الفصلين فاذا لم يملك الخصومة لا تسمع بينة المدعى عليه على الشراء من الموكل بالقبض لانها بينة قامت لا على خصم ولكنها تسمع فى دفع قبض الوكيل ويجوز أن تكون البينة مسموعة من وجه دون وجه كمن وكل انسانا بنقل زوجته الى حيث هو فطالبها الوكيل بالانتقال فأقامت البينة على ان زوجها طلقها ثلاثا تسمع هذه البينة فى اندفاع حق الوكيل فى النقل ولا تسمع فى اثبات الحرمة كذا هذا وكذلك الوكيل بأخذ الدار بالشفعة وكيل بالمبادلة لان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء وكذا الرد بالعيب والقسمة فيهما معنى المبادلة فكانت الخصومة فيهما من حقوقها فيملكها الوكيل كالوكيل بالبيع والوكيل بالقبض اذا أراد أن يوكل غيره هذا على وجهين (اما) ان كانت الوكالة عامة بأن قال له وقت التوكيل بالقبض اصنع ما شئت أو ما صنعت من شئ فهو جائز على أو نحو ذلك (واما) ان كانت خاصة بان لم يقل ذلك عند التوكيل بالقبض فان كانت عامة يملك أن يوكل غيره بالقبض لان الاصل فيما يخرج مخرج العموم اجراؤه على عمومه وان كانت خاصة فليس له أن يوكل غيره بالقبض لان الوكيل يتصرف بتفويض الموكل فيملك قدر ما فوض اليه فان فعل ذلك وقبض الوكيل الثانى لم يبرأ الغريم من الدين لان توكيله بالقبض اذا لم يصح فقبضه وقبض الاجنبى سواء فان وصل الى يد الوكيل الاول برئ الغريم لانه وصل الى يد من هو نائب الموكل فى القبض وان هلك فى يده قبل أن يصل الى الوكيل الاول ضمن القابض للغريم لان قبضه بجهة استيفاء الدين والقبض بجهة استيفاء الدين قبض بجهة المبادلة على ما مر والمقبوض بجهة المبادلة مضمون على القابض كالمقبوض على سوم الشراء وكان له أن يرجع بما ضمن على الوكيل الاول لانه صار مغرورا من جهته بتوكيله بالقبض فيرجع عليه اذ كل غار ضامن للمغرور بما لحقه من العهدة فيرجع عليه بضمان الكفالة ولا يبرأ الغريم من الدين لما قلنا ان توكيله بالقبض لم يصح فكان للطالب أن يأخذ الغريم بدينه واذا أخذ منه رجع الغريم على الوكيل الثانى لما قلنا ويرجع الوكيل الثانى على الاول بحكم الغرور لما قلنا ان الوكيل بقبض الدين للموكل على انسان معين أو فى بلد

معين لا يملك أن يتعدى الى غيره لان المتصرف بحكم الآمر لا يملك التعدى عن موضع الامر وليس للوكيل بقبض الدين أن يأخذ عوضا عن الدين وهو أن يأخذ عينا مكانه لان هذه معاوضة مقصودة وانها لا تدخل تحت التوكيل بقبض الدين وهذا لما بينا ان قبض الدين حقيقة لا يتصور لما ذكرنا فلا يتصور التوكيل بقبضه حقيقة الا أن التوكيل بقبض الدين جعل توكيلا بالمعاوضة ضرورة تصحيح التصرف ودفع الحاجة المعلقة بالتوكيل بقبض الدين وحق الضرورة يصير مقضيا بثبوتها ضمنا للعقد فبقيت المعاوضة المقصودة خارجة عن العقد أصلا فلا يملكها الوكيل ولو كان لرجل على رجل دين فجاء انسان الى الغريم وقال ان الطالب أمرنى أن أقبضه منك فان صدقه الغريم وأراد أن يدفع اليه لا يمنع منه وان أبى أن يدفع اليه يجبر على الدفع فى الدين وفى العين لا يجبر عليه والفرق أن التصديق فى الدين اقرار على نفسه فكان مجبورا على التسليم وفى العين اقرار على غيره فلا يصح الا بتصديق ذلك الغير وان لم يصدقه لم يجبر على الدفع فان دفعه اليه ثم جاء الطالب فان صدقه مضى الامر وان كذبه وأنكر أن يكون وكله بذلك فهذا على وجوه ثلاثة اما ان صدقه ودفعه اليه واما ان كذبه ومع ذلك دفع اليه واما ان لم يصدقه ولم يكذبه ودفع اليه فان صدقه فى الوكالة ولم يضمنه فجاء الطالب يقال له ادفع الدين الى الطالب ولا حق لك على الوكيل لانه لما صدقه فى الوكالة فقد أقر بوكالته واقراره صحيح فى حق نفسه فكأنه يقول ان الوكيل كان محقا فى القبض وان الطالب ظالم فيما يقبض منى وان ظلم على مبطل فلا أظلم على محق وان صدقه وضمنه ما دفع اليه ثم حضر الطالب فأخذ منه يرجع هو على القابض لان الغريم وان أقر ان القابض محق فى القبض بتصديقه اياه فى الوكالة فعنده ان الطالب مبطل فيه ظالم فيما يقبض منه فاذا ضمنه فقد أضاف الضمان الى ما يقبضه الطالب عنه بغير حق واضافة الضمان الى المقبوض المضمون صحيح كما اذا قال ما غصبك فلان فعلى وان كذبه فى الوكالة ومع ذلك دفع اليه له أن يضمن الوكيل لان عنده انه مبطل فى القبض وانما دفعه اليه على رجاء أن يجوزه الطالب وكذا اذا لم يصدق ولم يكذب لانه لم يوجد منه الاقرار بكونه محقا فى القبض فيملك الرجوع عليه الوكيل بقبض الدين اذا قبضه فوجده معيبا فان كان للموكل رده فله رده وأخذ بدله لانه قائم مقام الموكل فهو يملك قبض حقه أصلا ووصفا فكذا الوكيل ولو وكل رجلا يقبض دين له على رجل وغاب الطالب فادعى الغريم انه قد أوفاه الطالب لا يحتاج الوكيل الى اقامة البينة ولا الى احضار الطالب ليحلفه لكن يقال للغريم ادفع الدين الى الوكيل ثم اتبع الطالب وحلفه ان أردت يمينه فان حلف والا رجعت عليه لانه مقر بالدين والدين مقضى على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم فلا يحكم بسقوطه بدعوى الايفاء مع الاحتمال بل يجبر على التسليم الى الوكيل وكذلك الوكيل بطلب الشفعة اذا ادعى المشترى أن الشفيع قد سلم للشفعة يؤمر بتسليم الدار الى الوكيل ثم يقال له اتبع الشفيع وحلفه ان أردت يمينه لان المشترى مقر بثبوت حق الشفعة لان تسليم الشفعة بعد ثبوتها يكون فلا يبطل الحق الثابت بدعوى التسليم مع الاحتمال فيؤمر بتسليم المشترى الى الوكيل وهذا بخلاف الوكيل بالرد بالعيب اذا ادعى البائع أن المشترى قد رضى بالعيب انه لا يكون للوكيل حق الرد حتى يحضر الموكل فيحلف بالله تعالى ما رضى بهذا العيب لان البائع بقوله رضى المشترى بالعيب لم يقر بثبوت حق الرد بالعيب اذ ليس كل عيب موجبا للرد ألا ترى انه لو اشتراه وهو عالم بعيبه ليس له حق الرد مع وجود العيب فيتوقف على حضور الموكل ويمينه فان أراد الغريم أن يحلف الوكيل بالله عز وجل ما يعلم أن الطالب قد استوفى الدين لم يكن له أن يحلفه عند أبى حنيفة وأبى يوسف وقال زفر يحلفه على علمه فان أبى أن يحلف خرج عن الوكالة ولم يبرأ الغريم وكان الطالب على حجته (وجه) قول زفر أن هذا أمر لو أقر به الوكيل للزمه وسقط حقه من القبض فاذا أنكر يستحلف لجواز انه ينكل عن اليمين فيسقط حقه (ولنا) قول النبى عليه الصلاة والسلام واليمين على المدعى عليه والغريم ما ادعى على الوكيل شيأ وانما ادعى على الموكل فكانت اليمين عليه واليمين مما لا تجرى فيه النيابة فلا يثبت للغريم ولاية استحلاف الوكيل وهذا بخلاف ما اذا مات الطالب فادعى الغريم انه قد كان استوفاه حال حياته وأنكر الوارث ان له أن يستحلف الوارث على علمه

بالله تعالى ما يعلم ان الطالب استوفى الدين لان هناك الوارث مدعى عليه لان الغريم يدعى عليه بطلان حقه فى الاستيفاء الذى هو حقه فلم يكن استحلافه بطريق النيابة عن المورث الا أنه يستحلف على علمه لانه يستحلف على فعل غيره وكل من يستحلف على فعل باشره غيره يستحلف على العلم لا البت لانه لا علم له بانه فعل ذلك أو لم يفعل فان أقام الغريم البينة على الايفاء سمعت بينته عند أبى حنيفة وعندهما لا تسمع وهو رواية الحسن عن أبى حنيفة بناء على ان الوكيل بقبض الدين هل يكون وكيلا بالخصومة فيه عنده يكون وعندهما لا يكون لما تقدم وكذلك على هذا الاختلاف اذا أقام الغريم البينة انه أعطى الطالب بالدراهم الدنانير أو باعه بها عرضا فبينته مسموعة عنده وعندهما غير مسموعة لان ايفاء الدين بطريق المبادلة والمقاصة و يستوى فيهما الجنس وخلاف الجنس فكان الخلاف فى الكل ثابتا (وأما) الوكيل بالبيع فالتوكيل بالبيع لا يخلو اما أن يكون مطلقا واما أن يكون مقيدا فان كان مقيدا يراعى فيه القيد بالاجماع حتى انه اذا خالف قيده لا ينفذ على الموكل ولكن يتوقف على اجازته الا أن يكون خلافه الى خير لما مر ان الوكيل يتصرف بولاية مستفادة من قبل الموكل فيلى من التصرف قدر ما ولاه وان كان الخلاف الى خير فانما نفذ لانه ان كان خلافا صورة فهو وفاق معنى لانه آمر به دلالة فكان متصرفا بتولية الموكل فنفذ بيان هذه الجملة اذا قال بع عبدى هذا بالف درهم فباعه بأقل من الالف لا ينفذ وكذا اذا باعه بغير الدراهم لا ينفذ وان كانت قيمته أكثر من ألف درهم لانه خلاف الى شر لان أغراض الناس تختلف باختلاف الاجناس فكان فى معنى الخلاف الى شر وان باعه بأكثر من ألف درهم نفذ لانه خلاف الى خير فلم يكن خلافا أصلا وكذلك على هذا لو وكله بالبيع بالف درهم حالة فباعه بالف نسيئة لم ينفذ بل يتوقف لما قلنا وان وكله بان يبيعه بالف درهم نسيئة فباعه بألف حالة نفذ لما قلنا وان وكله بأن يبيع و يشترط الخيار للآمر فباعه ولم يشترط الخيار لم يجز بل يتوقف ولو باع وشرط الخيار للآمر ليس له أن يجيز لانه لو ملك الاجازة بنفسه لم يكن للتقييد فائدة هذا اذا كان التوكيل بالبيع مقيدا فأما اذا كان مطلقا فيراعى فيه الاطلاق عند أبى حنيفة فيملك البيع بالقليل والكثير وعندهما لا يملك البيع الا بما يتغابن الناس فى مثله و روى الحسن عن أبى حنيفة مثل قولهما (وجه) قولهما أن مطلق البيع ينصرف الى البيع المتعارف والبيع بغبن فاحش ليس بمتعارف فلا ينصرف اليه كالتوكيل بالشراء ولابى حنيفة أن الاصل فى اللفظ المطلق أن يجرى على اطلاقه ولا يجوز تقييده الا بدليل والعرف متعارض فان البيع بغبن فاحش لغرض التوصل بثمنه الى شراء ما هو أربح منه متعارف أيضا فلا يجوز تقييد المطلق مع التعارض مع ما أن البيع بغبن فاحش ان لم يكن متعارفا فعلا فهو متعارف ذكرا وتسمية لان كل واحد منهم ما يسمى بيعا وهو مبادلة شئ مرغوب بشئ مرغوب لغة وقد وجد ومطلق الكلام ينصرف الى المتعارف ذكرا وتسمية من غير اعتبار الفعل ألا ترى أن من حلف لا يأكل لحما فأكل لحم الآدمى أو لحم الخنزير يحنث وان لم يكن أكله متعارفا لكونه متعارفا اطلاقا وتسمية كذا هذا (وأما) التوكيل بالشراء فالجواب عنه من وجهين أحدهما أن جوازه ثبت على خلاف القياس لكونه أمرا بالتصرف فى مال غيره وذكر الثمن فيه تبع ألا ترى انه يصح بدون ذكر الثمن الا انه جوز باعتبار الحاجة اذ كل أحد لا يتهيأ له أن يشترى بنفسه فيحتاج الى من يوكل به غيره والحاجة الى التوكيل بالشراء بثمن جرى التعارف بشراء مثله بمثله فينصرف الامر بمطلق الشراء اليه والثانى المشترى متهم بهذا الاحتمال انه يشترى لنفسه فلما تبين فيه الغبن أظهر الشراء للموكل ومثل هذه التهمة فى البيع منعدمة فهو الفرق وكذلك يملك البيع بغير الاثمان المطلقة عنده وعندهما لا يملك وهو قول الشافعى رحمه الله و يملك البيع بالنقد والنسيئة عنده وعندهما لا يملك الا بالنقد والحجج من الطرفين على نحو ما ذكرنا فى البيع بغبن فاحش ولو باع الوكيل بعض ما وكل ببيعه فهو على وجهين اما ان كان ذلك مما لا ضرر فى تبعيضه كالمكيل والموزون بان كان وكيلا ببيع عبدين فباع أحدهما جاز بالاجماع وان كان فى تبعيضه ضرر بان وكله ببيع عبد فباع نصفه جاز عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما لا يجوز الا باجازة

الموكل أو ببيع النصف الباقي ولوكان وكيلا بالشراء فاشترى نصفه لم يلزم الآمر اجماعا الا أنه يشترى الباقي و يجيزه
الموكل (وجه) قولهما الجمع بين الشراء والبيع بجامع وهو العرف والعادة ووجوب دفع الضرر الحاصل بالشركة
فى الاعيان ولابى حنيفة الفرق بين البيع والشراء على ما مر ألا يرى ان عنده لو باع الكل بهذا القدر من الثمن يجوز
فلان يجوز بيع البعض به أولى لانه نفع موكله حيث أمسك البعض على ملكه و بهذا فارق الشراء لان الوكيل
بالشراء اذا اشترى النصف بثمن الكل لا يجوز والوكيل بالبيع يملك ابراء المشترى عن الثمن وله أن يؤخره عنه وله أن
يأخذ به عوضا وله أن يصالح على شئ و يحتال به على انسان وهذا قول أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد لا يملك شيأ
من ذلك (وجه) قولهما أن الوكيل بالابراء واخواته تصرف فى ملك الموكل من غير اذنه فلا ينفذ عليه كما لو فعلها أجنبي
(وجه) قوله أنه تصرف فى حق نفسه بالابراء لان قبض الثمن حقه فكان الابراء عن الثمن ابراء عن قبضه تصحيحاً
لتصرفه بقدر الامكان ولو اسقط حق القبض لسقط الدين ضرورة لانه لو بقى لبقى دينا لا يحتمل القبض أصلا وهذا
مما لا نظير له فى أصول الشرع ولان دينا لا يحتمل القبض والاستيفاء بوجه لا يفيد فيسقط ضرورة و يضمن الثمن
للموكل لانه وان تصرف فى حق نفسه لكنه تعدى الى ملك غيره بالاتلاف فيجب عليه الضمان وكذا اذا أخذ بالثمن
عوضا عن المشترى لانه ملك منه القبض الذى هو حقه فيصح ومتى ملك ذلك فيملك رقبة الدين ضرورة بما أخذه من
العوض و يضمن لما ذكرنا وكذا اذا صالحه على شئ لان الصلح مبادلة وكذا اذا أحاله المشترى بالثمن على إنسان
وقبل الوكيل الحوالة لانه بقبول الحوالة تصرف فى حق نفسه بالابراء عنه لان الحوالة مبرئة وذلك يوجب سقوط الدين
عن المحيل فيه لما ذكرنا و يضمن لما قلنا وكذلك تأخير الدين من الوكيل تأخير حق المطالبة والقبض وأنه صادف حق
نفسه فيصح لكنه تعدى الى الموكل بثبوت الحيلولة بينه و بين ملكه فيضمن وليس للوكيل بالبيع أن يوكل غيره
لان مبنى الوكالة على الخصوص لان الوكيل يتصرف بولاية مستفادة من قبل الموكل فيملك قدر ما أفاده ولا يثبت
العموم الا بلفظ يدل عليه وهو قوله اعمل فيه برأيك وغير ذلك مما يدل على العموم فان وكل غيره بالبيع فباع الثانى
بحضرة الاول جاز وان باع بغير حضرته لا يجوز الا أن يجيزه الاول او الموكل وكذا اذا باعه فضولى فبلغ الوكيل أو الموكل
فاجاز يجوز هذا عند أصحابنا الثلاثة وقال زفر لا يجوز بيع الوكيل الثانى سواء كان بحضرة الوكيل الاول أو لم يكن
بحضرته وقال ابن أبى ليلى يجوز كيف ما كان والصحيح قول أصحابنا الثلاثة لان عبارة الوكيل ليست مقصود الموكل
بل المقصود رأيه فاذا باع الثانى بحضرته فقد حصل التصرف برأيه فنفذ واذا باعه لا بحضرته أو باع فضولى فقد خلا
التصرف عن رأيه فلا ينفذ ولكنه ينعقد موقوفا على اجازة الوكيل أو الموكل لصدور التصرف من أهله فى محله وليس
للوكيل بالبيع أن يبيع من نفسه لان الحقوق تتعلق بالعاقد فيؤدى الى أن يكون الشخص الواحد فى زمان واحد مسلماً
ومتسلماً مطالبا ومطالبا وهذا محال وكذا لا يبيع من نفسه وان أمره الموكل بذلك لما قلنا ولانه متهم فى ذلك وليس له
أن يبيع من أبيه وجده وولده وولد ولده الكبار وزوجته عند أبى حنيفة وعندهما يجوز ذلك بمثل القيمة واجمعوا
على أنه لا يجوز أن يبيع من عبده ومكاتبه (وجه) قولهما ان البيع من هؤلاء ومن الاجنبي سواء لان كل واحد
منهما يملكه أجنبي من صاحبه ثم لا يملك البيع من نفسه ولابى حنيفة أن البيع من هؤلاء بيع من نفسه من حيث
المعنى لاتصال منفعة ملك كل واحد منهما بصاحبه ثم لا يملك البيع من نفسه فلا يملكه من هؤلاء بخلاف الاجنبي
ولهذا لا يملك البيع من عبده ومكاتبه لان البيع من عبده بيع من نفسه لانه لا ملك له وكذا المكاتب لانه عبد ما بقى
عليه درهم على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم كذا هذا يحققه أن اتصال منافع الاملاك بينهما تورث التهمة لهذا
لم تقبل شهادة أحدهما لصاحبه بخلاف الاجنبي ولو عمم التوكيل فقال اصنع ما شئت أو بع من هؤلاء أو أجاز ما صنعه
الوكيل جاز بيعه بالاتفاق ولا يجوز أن يبيع من نفسه أو من ولده الصغير أو من عبده اذا لم يكن عليه دين يحال الوكيل
بالبيع مطلقا يملك البيع الصحيح والفاسد لان اسم البيع يقع على كل واحد من النوعين اذ هو مبادلة شئ مرغوب

بشئ

يشيء مرغوب وقد وجد بخلاف الوكيل بالنكاح مطلقا أنه لا يملك النكاح الفاسد لان المقصود من النكاح الحل والنكاح الفاسد لا يفيد الحل والمقصود من البيع الملك وأنه يثبت بالبيع الفاسد وأما الوكيل بالبيع الفاسد فهل يملك البيع الصحيح قال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله يملك وقال محمد لا يملك وبه أخذ الشافعي رحمه الله (وجه) قول محمد أن البيع الفاسد بيع لا يفيد الحكم بنفسه والصحيح يفيد الحكم بنفسه فكانا مختلفين فلا يكون التوكيل باحدهما توكيلا بالآخر فاذا باع بيعاً صحيحاً صار مخالفا (ولهما) ان هذا ليس بخلاف حقيقة لان البيع الصحيح خير وكل موكل بشيء موكل بما هو خير منه دلالة والثابت دلالة كالثابت نصاً فكان آتيا بما وكل به فلا يكون مخالفا (وأما) الوكيل بالشراء فالتوكيل بالشراء لا يخلو اما ان كان مطلقا أو كان مقيداً فان كان مقيدا يراعى فيه القيد اجماعا لما ذكرنا سواء كان القيد راجعا الى المشترى أو الى الثمن حتى انه اذا خالف يلزم الشراء الا اذا كان خلافا الى خير فيلزم الموكل مثال الاول اذا قال اشتر لى جارية اطؤها أو أستخدمها أو اتخذها أم ولد فاشترى جارية مجوسية أو أخته من الرضاع أو مرتدة أو ذات زوج لا ينفذ على الموكل وينفذ على الوكيل وكذلك اذا قال اشترلى جارية تخدمنى فاشترى جارية مقطوعة اليدين أو الرجلين أو عمياء لان الاصل فى كل مقيد اعتبار القيد فيه الا قيدا لا يفيد اعتباره واعتبار هذا النوع من القيد مفيد وكذلك اذا قال اشترلى جارية تركية فاشترى جارية حبشية لا يلزم الموكل ويلزم الوكيل لما ذكرنا ومثال الثانى اذا قال له اشترلى جارية بألف درهم فاشترى جارية بأكثر من الالف تلزم الوكيل دون الموكل لانه خالف أمر الموكل فيصير مشتريا لنفسه ولو قال اشترلى جارية بألف درهم أو بمائة دينار فاشترى جارية بما سوى الدراهم والدنانير لا تلزم الموكل اجماعا لان الجنس مختلف فيكون مخالفا ولو قال اشترلى هذه الجارية بمائة دينار فاشتراها بألف درهم قيمتها مائة دينار ذكر الكرخى أن المشهور من قول أبى حنيفة وأبى يوسف ومحمد أنه لا يلزم الموكل لان الدراهم والدنانير جنسان مختلفان حقيقة فكان التقييد بأحدهما مفيداً وروى الحسن عن أبى حنيفة أنه يلزم الموكل كانه اعتبرهما جنسا واحداً فى الوكالة كما اعتبرا جنسا واحداً فى الشفعة وهو أن الشفيع اذا أخبر أن الدار بيعت بدنانير فسلم الشفعة ثم ظهر أنها بيعت بدراهم وقيمتها مثل الدنانير صح التسليم كذا ههنا فان اشترى جارية بالف درهم فان كان مثلها يشترى بألف أو بأكثر من ألف أو بأقل من ألف مقدار ما يتغابن الناس فيه لزم الموكل وان كان النقصان مقدار ما لا يتغابن الناس فيه لزم الوكيل لان شراء الوكيل المعروف المعروف وان اشترى جارية بثمانمائة درهم ومثلها يشترى بألف لزم الموكل لان الخلاف الى خير لا يكون خلافا معنى وكذا اذا وكله بأن يشترى له جارية بألف نسيئة فاشترى جارية بألف حالة لزم الوكيل لانه خالف قيد الموكل ولو أمره أن يشترى بألف حالة فاشترى بألف نسيئة لزم الموكل لانه وان خالف صورة فقد وافق معنى والعبرة للمعنى لا للصورة ولو وكله أن يشترى ويشترط الخيار للموكل فاشترى بغير خيار لزم الوكيل والاصل أن الوكيل بالشراء اذا خالف يكون مشتريا لنفسه والوكيل بالبيع اذا خالف يتوقف على اجازة الموكل والفرق بينهما قد ذكرناه فيما تقدم أن الوكيل بالشراء متهم لانه يملك الشراء لنفسه فامكن تنفيذه عليه حتى إنه لو كان صبياً محجوراً أو عبداً محجوراً لا ينفذ عليه بل يتوقف على اجازة الموكل لانهما لا يملكان الشراء لانفسهما فلا يمكن التنفيذ عليهما فتوقف وكذا اذا كان الوكيل مرتدا أو كان وكيلا بشراء عبد بعينه فاشترى نصفه لعدم امكان التنفيذ عليه فاحتمل التوقف ومعنى التهمة لا يتعذر من الوكيل بالبيع فاحتمل التوقف على الاجازة ولو وكله بشراء عبد فاشتراه بعين من أعيان مال الموكل توقف على الاجازة لانه لما اشتراه بعين من أعيان ماله فقد باع العين والبيع يقف على اجازة الموكل هذا اذا كان التوكيل بالشراء مقيدا فاما اذا كان مطلقا فانه يراعى فيه الاطلاق ما امكن الا اذا قام دليل التقييد من عرف أو غيره فيتقيد به وعلى هذا اذا وكل رجلا بشراء جارية وسمى نوعها وثمنها حتى صحت الوكالة فاشترى جارية مقطوعة اليد والرجل من خلاف أو عوراء لزم الموكل وكذا اذا اشترى جارية مقطوعة اليدين أو الرجلين أو عمياء عند أبى حنيفة وعندهما يلزم الوكيل (وجه) قولهما أن الجارية تشترى للاستخدام عرفا وعادة

وغرض الاستخدام لا يحصل عند فوات جنس المنفعة فيتقيد بالسلامة عن هذه الصفة بدلالة العرف ولهذا قلنا
لا يجوز تحريرها عن الكفارة وان كان نص التحرير مطلقا عن شرط السلامة لثبوتها دلالة كذا هذا (وجه) قول
أبي حنيفة ان اسم الجارية باطلاقها يقع على هذه الجارية كما يقع على سليمة الاطراف فلا يجوز تقييد المطلق الا بدليل
وقد وجد (وأما) في باب الكفارة فلان الامر تعلق بتحرير رقبة والرقبة اسم لذات مركب من هذه الاجزاء فاذا فات
ما يقوم به جنس من منافع الذات انتقض الذات فلا يتناوله مطلق اسم الرقبة فاما اسم الجارية فلا يدل على هذه الذات
باعتبار الاجزاء فلا يقدح نقصانها في اسم الجارية بخلاف اسم الرقبة حتى ان التوكيل لو كان بشراء رقبة لا يجوز كما
لا يجوز في الكفارة كذا قالوا ولو وكله أن يشتري له جارية وكالة صحيحة ولم يسم ثمنا فاشترى الوكيل جارية ان اشترى
بمثل القيمة أو باقل من القيمة أو بزيادة يتغابن في مثلها جاز على الموكل وان اشترى بزيادة لا يتغابن الناس في مثلها يلزم
الوكيل لان الزيادة القليلة مما لا يمكن التحرز عنها فلو منعت النفاذ على الموكل لضاق الامر على الوكلاء ولا امتنعوا عن
قبول الوكالات وبالناس حاجة اليها فمست الحاجة الى تحملها ولا ضرورة في الكثير لامكان التحرز عنه والفاصل
بين القليل والكثير ان كانت زيادة تدخل تحت تقويم المقومين فهي قليلة ومالا تدخل تحت تقويمهم فهي كثيرة
لان ما يدخل تحت تقويم المقومين لا يتحقق كونه زيادة ومالا يدخل كانت زيادته متحققة وقدر محمد الزيادة القليلة التي
يتغابن في مثلها في الجامع بنصف العشر فقال ان كانت نصف العشر أو أقل فهي مما يتغابن في مثلها وان كانت أكثر من
نصف العشر فهي مما لا يتغابن في مثلها وقال الجصاص ما ذكره محمد لم يخرج مخرج التقدير في الاشياء كلها لان ذلك
يختلف باختلاف السلع منها ما يعد أقل من ذلك غبنا فيه ومنها مالا يعد أكثر من ذلك غبنا فيه وقدر نصر بن يحيى القليل
بالده نيم وفي الحيوان بالده يازده وفي العقار بالده دوازده والله تعالى أعلم الوكيل بشراء عبد بعينه اذا اشترى نصفه فالشراء
موقوف ان اشترى باقيه قبل الخصومة لزم الموكل عند أصحابنا الثلاثة لانه امتثل أمر الوكيل وعند زفر يلزم الوكيل ولو
خاصم الموكل الوكيل الى القاضي قبل أن يشتري الوكيل الباقي والزم القاضي الوكيل ثم ان الوكيل اشترى الباقي بعد ذلك
يلزم الوكيل اجماعا لانه خالف وكذلك هذا في كل ما في تبعيضه ضرر وفي تشقيصه عيب كالعبد والامة والدابة والثوب
وما أشبه ذلك وهذا بخلاف ما اذا وكله ببيع عبده فباع نصفه أو جزأ منه معلوما أنه يجوز عند أبي حنيفة سواء باع الباقي
منه أولا والفرق له على نحو ما ذكرنا في التوكيل بالبيع مطلقا ولو أعتقه بعدما اشترى نصفه قبل أن يشتري الباقي قال
أبو يوسف ان أعتقه الموكل جاز وان أعتقه الوكيل لم يجز وقال محمد على القلب من ذلك (وجه) قول محمد ان الوكيل
قد خالف فيما وكل به فلم يكن مشتريا للموكل فكيف ينفذ منه اعتاقه وهو في الظاهر مشتر لنفسه فينفذ اعتاقه ولابي
يوسف ان اعتاق الموكل صادف عقدا موقوفا نفاذه على اجازته فكان الاعتاق اجازة منه كما اذا صرح بالاجازة
واعتاق الوكيل لم يصادف عقدا موقوفا على اجازته لان الوكيل بشراء شيء بعينه لا يملك الشراء لنفسه فلم يحتمل
التوقف على اجازته فبطل وان كان وكله بشراء شيء ليس في تبعيضه ضرر ولا في تشقيصه عيب فاشترى نصفه يلزم
الموكل ولا يقف لزومه على شراء الباقي نحو ان وكله بشراء كر حنطة بمائة درهم فاشترى نصف الكر بخمسين وكذا لو
وكله بشراء عبدين بالف درهم فاشترى أحدهما بخمسمائة لزم الموكل اجماعا وكذا لو وكله بشراء جماعة من العبيد فاشترى
واحدا منها والله أعلم الوكيل بشراء عشرة أرطال لحم بدرهم اذا اشترى عشرين رطلا بدرهم من لحم يباع مثله عشرة أرطال
بدرهم لزم الموكل منه عشرة أرطال بنصف درهم عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف يلزمه العشرون بدرهم ولو
اشترى عشرة أرطال ونصف رطل بدرهم يلزم الموكل استحسانا (وجه) قول أبي يوسف ان هذا خلاف صورة
لا معنى لانه خلاف الى خير وذا لا يمنع النفاذ على الموكل كما اذا اشترى عشرة أرطال ونصف بدرهم انه يلزم الموكل كذا
هذا (وجه) قولهما ان الوكيل يتصرف بحكم الآمر فلا يتعدى تصرفه موضع الامر وقد أمره بشراء عشرة أرطال
فلا يلزمه الزيادة على ذلك بخلاف ما اذا اشترى عشرة أرطال ونصف رطل بدرهم لان الزيادة القليلة لا تتحقق زيادة

لدخولها بين الوزنين ولو وكله بشراء عبد بمائة فاشترى بها عبدين كل واحد منهما يساوى مائة روى عن أبى حنيفة رحمه الله أنه لا يلزم الموكل واحد منهما وقال أبو حنيفة اذا وكل رجلا بشراء عبدين باعيانهما بالف درهم وقيمتهما سواء فاشترى أحدهما بستمائة درهم لا يلزم الموكل الا أن يشترى الثانى ببقية الالف وقال أبو يوسف ومحمد اذا كانت الزيادة مما يتغابن الناس فى مثلها يلزمه وهـذا الا يتحقق خلافا والله عز وجل أعلم الوكيل بشراء شىء بعينه لا يملك أن يشتريه لنفسه واذا اشترى يقع الشراء للموكل لان شراءه لنفسه عزل لنفسه عن الوكالة وهو لا يملك ذلك الا بمحضر من الموكل كما لا يملك الموكل عزله الا بمحضر منه على ما نذكره فى موضعه ان شاء الله تعالى (وأما) الوكيل بشراء شىء بغير عينه اذا اشترى يكون مشتريا لنفسه الا أن ينويه للموكل وجملة الكلام فيه انه اذا قال اشتريته لنفسى وصدقه الموكل فالمشترى له واذا قال الموكل اشتريته لى وصـدقه الوكيل فالمشترى للموكل لان الوكيل بشراء شىء بغير عينه يملك الشراء لنفسه كما يملك للموكل فاحتمل شراؤه لنفسه واحتمل شراؤه لموكله فيحكم فيه التصديق فيحمل على أحد الوجهين بتصادقهما ولو اختلفا فقال الوكيل اشـتريته لنفسى وقال الموكل بل اشتريته لى يحكم فيه الثمن فان أدى الوكيل الثمن من دراهم نفسه فالمشـترى له وان أداه من دراهم موكله فالمشـترى لموكله لان الظاهر نقـدا لثمن من مال من يشـترى له فكان الظاهر شاهداً للثمن فكان صادقا فى حكمه (وأما) اذا لم تحضره النية وقت الشراء واتفقا عليه يحكم فيه الثمن أيضاً عند أبى يوسف وعند محمد يكون الشراء للوكيل (وجه) قول محمد ان الاصل أن يكون الانسان متصرفا لنفسه لا لغيره فكان الظاهر شاهداً للوكيل فكان المشترى له (وجـه) قول أبى يوسف ان أمور المسلمين محمولة على الصلاح والسداد ما أمكن وذلك فى تحكيم الثمن على ما مر والله تعالى أعلم الوكيل بالشراء لا يملك الشراء من نفسه لان الحقوق فى باب الشراء ترجع الى الوكيل فيؤدى الى الاحالة وهو أن يكون الشخص الواحـد فى زمان واحـد مسلماً ومتسلماً مطالبا ومطالباً ولانه متهم فى الشراء من نفسه ولو أمره الموكل بذلك لا يصح لما ذكرنا وكذلك لو اشترى من ولده الصغير لان ذلك شراء من نفسه وكذلك لو اشترى من عبده الذى لا دين عليه أو مكاتبه وكذا الوكيل بالشراء لا يملك الشراء من أبيه وجده وولده وولد ولده وزوجته وكل من لا تقبل شهادته له عند أبى حنيفة وعندهما يجوز اذا اشترى بمثل القيمة أو باقل أو بزيادة يتغابن فى مثلها وأجمعـوا على أنه لا يملك الشراء من عبده الذى لا دين عليه ومكاتبه وقد مرت المسئلة بحججها من قبل ولو كانت الوكالة عامة بان قال له اعمل ما شئت أو قال له بع من هؤلاء أو أجاز ما صنعه الوكيل جاز لان المانع من الجواز التهمة وقـد زالت بالامر والاجازة ولو دفع اليه دراهم ووكله أن يشترى له بها طعاما فهو على الحنطة والدقيق لا عـلى الفاكهة واللحم والخـبز لان الطعام فى الحقيقة وان كان اسما لما يطعم لـكنه ينصرف الى الحنطة والدقيق بقرينة الشراء فى العرف ولهذا سمى السوق الذى تباع فيه الحنطة والدقيق سوق الطعام دون غـيره الا اذا كان المدفوع اليه قليلا كالدراهم ونحوه أو كان هنالك وليمة فينصرف الى الخبز وقيل يحكم الثمن ان كان قليلا ينصرف الى الخبز وان كان كثيرا ينصرف اليهما ولو قال اشتر لى بدرهم لحماً ينصرف الى اللحم الذى يباع فى السوق ويشـترى الناس منه فى الاغلب من لحم الضأن والمعز والبقر والابل ان جرت العادة بشرائه ولا ينصرف الى المشوى والمطبوخ الا اذا كان مسافراً أو نزل خانا ودفع الى انسان درهما ليشترى به لحمـاً ولا الى لحم الطير والوحش والسمك ولا الى شاة حية ولا الى مذبوحة غير مسلوخة لانعدام جريان العادة باشترائه وان اشترى مسلوخا جاز على الموكل لان المسلوخ يباع فى الاسواق فى العادة ولا الى البطن والـكرش والـكبد والرأس والـكراع لانها ليست بلحم ولا يشـترى مقصوداً أيضاً بل تبعاً للحم فـلا ينصرف مطلق التوكيل اليه بخـلاف ما اذا حلف لا يأكل لحما فأكل هذه الاشياء انه يحنث لان مبنى الايمان على العرف ذكرا وتسمية ومبنى الوكالة على العرف عادة وفعلا ألا ترى ان حـكم الحنث يلزم بأكل القديد ولو اشـترى الوكيل القديد لا يلزم الموكل لانعدام العادة ببيع القديد فى الاسواق فى الغالب ولا الى شحم البطن والالية لانهما ليسا بلحم ولو وكله بشراء الية لا يملك أن يشترى لحماً لانهما مختلفان اسما ومقصوداً ولو وكله أن يشترى سمكا بدرهم فهو

فهو على الطرى الكبار دون المالح والصغار لان العادة شراء الطرى الكبار منه دون المالح ودون الصغار ولو وكله بشراء الرأس فهو على النىء دون المطبوخ والمشوى وهو على رأس الغنم دون البقر والابل الا فى موضع جرت العادة بذلك والمذكور من الخلاف فى الجامع الصغير يرجع الى اختلاف العصر والزمان دون الحقيقة ودون رأس العصفور والسمك والجراد لانعدام العادة ولو وكله بشراء دهن فله أن يشترى أى دهن شاء وكذا اذا وكله بشراء فاكهة له أن يشترى أى فاكهة تباع فى السوق عادة ولو وكله بشراء البيض فهو على بيض الدجاج وان كانت اليمين المنعقدة عليه تقع على بيض الطيور كلها لما ذكرنا ولو وكله أن يشترى لبنا فهو على ما يباع فى عادة البلد فى السوق من الغنم والبقر والابل وكذا اذا وكله بشراء السمن فان استويا فهو عليهما جميعاً بخلاف ما اذا حلف لا يذوق لبنا ان ذلك يقع على لبن الغنم والبقر والابل لما ذكرنا من العرف والله تعالى أعلم الوكيل بشراء الكبش لا يملك شراء النعجة حتى لو اشترى لا يلزم الموكل لان الكبش اسم للذكر والنعجة اسم للانثى وكذا لو وكله بشراء عناق فاشترى جدياً أو شراء فرس أو برذون فاشترى رمكة لا يجوز على الموكل والبقر يقع على الذكر والانثى وكذا البقرة فى رواية الجامع قال الله تعالى ان الله يأمركم أن تذبحوا بقرة قيل انها كانت ذكرا وقال سبحانه وتعالى لا ذلول تثير الارض واثارة الارض عمل الثيران وذكر القدورى رحمه الله انها تقع على الانثى والصحيح رواية الجامع لما ذكرنا والدجاج يقع على الذكر والانثى والدجاجة على الانثى والبعير على الذكر والناقة على الانثى والبختى ضرب خاص من الابل والنجيبة ضرب معروف بسرعة السير وهى كالحمارة فى عرف بلادنا ولا يقع اسم البقر على الجاموس وان كان من جنس البقر حتى يتم به نصاب الزكاة لبعده عن أوهامهم لقلته فيهم والله تعالى أعلم الوكيل بالشراء اذا أمر غيره فاشترى ان فعله بحضرة الاول أو باجازته أو باجازة الموكل جاز على الموكل والا فلا الا اذا كانت الوكالة عامة على ما مر والله عز وجل أعلم

﴿ فصل ﴾ الوكيلان هل ينفرد أحدهما بالتصرف فيما وكلا به أما الوكيلان بالبيع فلا يملك أحدهما التصرف بدون صاحبه ولو فعل لم يجز حتى يجيز صاحبه أو الموكل لان البيع مما يحتاج فيه الى الرأى والموكل انما رضى برأيهما لا برأى أحدهما واجتماعهما على ذلك ممكن فلم يمتثل أمر الموكل فلا ينفذ عليه وكذا الوكيلان بالشراء سواء كان الثمن مسمى أو لم يكن وسواء كان الوكيل الآخر غائباً أو حاضراً لما ذكرنا فى البيع الا ان فى الشراء اذا اشترى أحدهما بدون صاحبه ينفذ على المشترى ولا يقف على الاجازة وفى البيع يقف على الاجازة وقدم الفرق وكذلك الوكيلان بالنكاح والطلاق على مال والعتق على مال والخلع والكتابة وكل عقد فيه بدل هو مال لان كل ذلك مما يحتاج الى الرأى ولم يرض برأى أحدهما بانفراده وكذا ما خرج مخرج التمليك بان قال لرجلين جعلت أمر امرأتى بيدكما أو قال لهما طلقا امرأتى ان شئتما لا ينفرد أحدهما بالتطليق لانه جعل أمر اليد تمليكا ألا ترى انه يقف على المجلس والتمليكات هى التى تختص بالمجلس والتمليك على هذا الوجه مشروط بالمشيئة كأنه قال طلقا امرأتى ان شئتما وهناك لا يملك أحدهما التطليق دون صاحبه لان المعلق بشرطين لا ينزل الا عند وجودهما فكذا هذا وكذا الوكيلان بقبض الدين لا يملك أحدهما ان يقبض دون صاحبه لان قبض الدين مما يحتاج الى الرأى والامانة وقد فوض الرأى اليهما جميعاً لا الى أحدهما ورضى بأمانتهما جميعاً لا بأمانة أحدهما فان قبض أحدهما لم يبرئه الغريم حتى يصل ما قبضه الى صاحبه فيقع فى أيديهما جميعاً أو يصل الى الموكل لانه لما وصل المقبوض الى صاحبه أو الى الموكل فقد حصل المقصود بالقبض فصار كأنهما قبضاه جميعاً ابتداء (وأما) الوكيلان بالطلاق على غير مال والعتق على غير مال والوكيلان بتسليم الهبة ورد الوديعة وقضاء الدين فينفرد أحدهما بالتصرف فيما وكلا به لان هذه التصرفات مما لا تحتاج الى الرأى فكان اضافة التوكيل اليهما تفويضاً للتصرف الى كل واحد منهما بانفراده (وأما) الوكيلان بالخصومة فكل واحد منهما يتصرف بانفراده عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر لا ينفرد (وجه) قوله ان الخصومة مما يحتاج الى الرأى ولم يرض برأى أحدهما فلا يملكها أحدهما دون صاحبه (وجه) قول أصحابنا الثلاثة ان الغرض من

الخصومة اعلام القاضى بما يملكه المخاصم واستماعه واجتماع الوكيلين على ذلك يخل بالاعلام والاستماع لان ازدحام الكلام يخل بالفهم فكان اضافة التوكيل اليهما تفويضاً للخصومة الى كل واحد منهما فأيهما خاصم كان تمثيلا الا انه لا يملك أحدهما القبض دون صاحبه وان كان الوكيل بالخصومة يملك القبض عندنا لان اجتماعهما على القبض ممكن فلا يكون راضياً بقبض أحدهما بانفراده (وأما) المضار بان فلا يملك أحدهما التصرف بدون اذن صاحبه اجماعا وفى الوصيين خلاف بين أصحابنا نذكره فى كتاب الوصية والله تعالى أعلم الوكيل هل يملك الحقوق جملة الكلام فيه ان الموكل به نوعان نوع لا حقوق له الا ما أمر به الموكل كالوكيل بتقاضى الدين والتوكيل بالملازمة ونحوه ونوع له حقوق كالبيع والشراء والنكاح والخلع ونحوه (اما) التوكيل بالبيع والشراء فحقوقهما ترجع الى الوكيل فيسلم المبيع ويقبضه ويقبض الثمن ويطالب به ويخاصم فى العيب وقت الاستحقاق والاصل ان كل عقد لا يحتاج فيه الى اضافته الى الموكل ويكتفى فيه بالاضافة الى نفسه فحقوقه راجعة الى العاقد كالبياعات والاشربة والاجارات والصلح الذى هو فى معنى البيع فحقوق هذه العقود ترجع للوكيل وعليه ويكون الوكيل فى هذه الحقوق كالمالك والمالك كالاجنبي حتى لا يملك الموكل مطالبة المشترى من الوكيل بالثمن ولو طالبه فأبى لا يجبر على تسليم الثمن اليه ولو أمره الوكيل بقبض الثمن ملك المطالبة وأيهما طالب المشترى بالثمن يجبر على التسليم اليه ولو نهاه الوكيل عن قبض الثمن صح نهيه ولو نهى الموكل الوكيل عن قبض الثمن لا يعمل نهيه غير ان المشترى اذا نقد الثمن الى الموكل يبرأ عن الثمن استحسانا وكذا الوكيل هو المطالب بتسليم المبيع اذا نقد المشترى الثمن ولا يطالب به الموكل واذا استحق المبيع فى يد المشترى يرجع بالثمن على الوكيل ان كان نقد الثمن اليه وان كان نقده الى الموكل يرجع بالثمن عليه وكذا اذا وجد المشترى بالمبيع عيبا له أن يخاصم الوكيل واذا أثبت العيب عليه ورده عليه بقضاء القاضى أخذ الثمن من الوكيل ان كان نقده الثمن وان كان نقده الى الموكل أخذه منه وكذا الوكيل بالشراء هو المطالب بالثمن دون الموكل وهو الذى يقبض المبيع دون الموكل واذا استحق المبيع فى يده فهو الذى يتولى الرجوع بالثمن على بائعه دون الموكل ولو وجد بالمبيع عيبا ان كان المبيع فى يده ولم يسلمه الى الموكل بعد فله أن يرده على بائعه بالعيب وان كان قد سلمه الى موكله ليس له أن يرده عليه الا برضا موكله وكذلك هذا فى الاجارة والاستئجار وأخواتهما وكل عقد يحتاج فيه الى اضافته الى الموكل فحقوقه ترجع الى الموكل كالنكاح والطلاق على مال والعتاق على مال والخلع والصلح عن دم العمد والكتابة والصلح عن انكار المدعى عليه ونحوه فحقوق هذه العقود تكون للموكل وعليه والوكيل فيها يكون سفيراً ومعبراً محضاً حتى ان وكيل الزوج فى النكاح لا يطالب بالمهر وانما يطالب به الزوج الا اذا ضمن المهر فحينئذ يطالب به لكن بحكم الضمان ووكيل المرأة فى النكاح لا يملك قبض المهر وكذا الوكيل بالكتابة والخلع لا يملك قبض بدل الكتابة والخلع ان كان وكيل الزوج وان كان وكيل المرأة لا يطالب ببدل الخلع الا بالضمان وكذا الوكيل بالصلح عن دم العمد وهذا الذى ذكرنا ان حقوق العقد فى البيع والشراء وأخواتهما ترجع الى الوكيل مذهب علمائنا وقال الشافعى رحمه الله لا يرجع شئ من الحقوق الى الوكيل وانما يرجع الى الموكل (وجه) قوله ان الوكيل متصرف بطريق النيابة عن الموكل وتصرف النائب تصرف المنوب عنه ألا ترى ان حكم تصرفه يقع للموكل فكذا حقوقه لان الحقوق تابعة للحكم والحكم هو المتبوع فاذا كان الاصل له فكذا التابع (ولنا) ان الوكيل هو العاقد حقيقة فكانت حقوق العقد راجعة اليه كما اذا تولى الموكل بنفسه ولا شك ان الوكيل هو العاقد حقيقة لان عقده كلامه القائم بذاته حقيقة ويستحيل أن يكون الانسان فاعلا بفعل الغير حقيقة وهذه حقيقة مقررة بالشريعة قال الله عز وجل وأن ليس للانسان الا ما سعى وقال الله عز شأنه لها ما كسبت وعليها ما اكتسبت وكان ينبغى أن يكون أصل الحكم له أيضاً لان السبب وجد منه حقيقة وشرعا الا ان الشرع أثبت أصل الحكم للموكل لان الوكيل انما فعله له بأمره وانابته وفعل المأمور مضاف الى الآمر فتعارض الشبهان فوجب اعتبارهما بقدر الامكان فعملنا بشبه الآمر والانابة بايجاب أصل الحكم للموكل ونسبة الحقيقة المقررة بالشريعة

باثبات توابع الحكم للوكيل توفيراً على الشبهين حظهما من الحكم ولا يمكن الحكم بالعكس وهو اثبات أصل الحكم للوكيل واثبات التوابع للموكل لان الاصل فى نفاذ تصرف الوكيل هو الولاية لانها علة نفاذه اذ لا ملك له والموكل أصل فى الولاية والوكيل تابع له لانه لا يتصرف بولاية نفسه لعدم الملك بل بولاية مستفادة من قبل الموكل فكان اثبات أصل الحكم للموكل واثبات التوابع للوكيل وضع الشئ فى موضعه وهو حد الحكمة وعكسه وضع الشئ فى غير موضعه وهو حد السفه بخلاف النكاح وأخواته لان الوكيل هناك ليس بنائب عن الموكل بل هو سفير ومعبر بمنزلة الرسول ألا ترى انه لا يضيف العقد الى نفسه بل الى موكله فانعدمت النيابة فبقى سفيراً محضاً فاعتبر العقد موجوداً من الموكل من كل وجه فترجع الحقوق اليه ثم نقول انما تلزمه العهدة وترجع الحقوق اليه اذا كان من أهل العهدة (فاما) اذا لم يكن بان كان صبياً محجوراً ينفذ بيعه وشراؤه وتكون العهدة على الموكل لا عليه لان ذلك من باب التبرع والصبي ليس من أهل التبرع لكونه من التصرفات الضارة المحضة فيقع محضا لحصول التجربة والممارسة له فى التصرفات ولا خيار للمشترى من الوكيل المحجور سواء علم انه محجور أو لم يعلم فى ظاهر الرواية وعن أبى يوسف انه ان كان عالما فلا خيار له فاما اذا كان جاهلا فله الخيار ان شاء فسخ العقد وان شاء أمضاه (وجه) قوله ان الرضا شرط جواز التجارة وقد اختل الرضا لانه لما أقدم على العقد على أن تكون العهدة على العاقد فاذا تبين انها ليست عليه اختل رضاه فثبت له الخيار كما اذا ظهر به عيب (وجه) ظاهر الرواية ان الجهل بالحجر ليس بعذر لانه يمكنه الوصول اليه خصوصاً فى حق الصبى لان الاصل فيه هو الحجر والاذن بعارض الرشد فكان سبب الوصول الى العلم قائما فالجهل به لتقصير من جهته فلا يعذر و يعتبر عالما ولو علم بالحجر حقيقة لما ثبت له الخيار كذا هذا والله تعالى أعلم الوكيل بالهبة والصدقة والاعارة والايداع والرهن والقرض اذا فعل ما أمر به وقبض لا يملك المطالبة برد شئ من ذلك الى يده ولا ان يقبض الوديعة والعارية والرهن ولا القرض ممن عليه لان الحكم فى هذه العقود يقف على القبض ولا صنع للوكيل فى القبض بل هو صنع القابض فى محل مملوك للمولى فكانت حقوق العقد راجعة اليه وكان الوكيل سفيرا عنه بمنزلة الرسول بخلاف الوكيل بالبيع وأخواته لان الحكم فيها للعقد لا للقبض وهو العاقد حقيقة وشرعا على ما قررنا فكانت الحقوق عائدة اليه وكذا فى التوكيل بالاستعارة والارتهان والاستيهاب الحكم والحقوق ترجع الى الموكل وكذا فى التوكيل بالشركة والمضاربة لما قلنا وللوكيل أن يوكل غيره فى الحقوق لانه أصل فى الحقوق والمالك أجنبى عنها فملك توكيل غيره فيها (ومنها) ان المقبوض فى يد الوكيل بجهة التوكيل بالبيع والشراء وقبض الدين والعين وقضاء الدين أمانة بمنزلة الوديعة لان يده يد نيابة عن الموكل بمنزلة يد المودع فيضمن بما يضمن فى الودائع و يبرأ بما يبرأ فيها و يكون القول قوله فى دفع الضمان عن نفسه ولو دفع اليه مالا وقال اقضه فلانا عن دينى فقال الوكيل قد قضيت صاحب الدين فادفعه الى وكذبه صاحب الدين فالقول قول الوكيل فى براءة نفسه عن الضمان والقول قول الطالب فى انه لم يقبضه حتى لا يسقط دينه عن الموكل لان الوكيل أمين فيصدق فى دفع الضمان عن نفسه ولا يصدق على الغريم فى ابطال حقه وتجب اليمين على أحدهما لا عليهما لانه لا بد للموكل من تصديق أحدهما وتكذيب الآخر فيحلف المكذب منهما دون المصدق فان صدق الوكيل فى الدفع يحلف الطالب بالله عز وجل ما قبضه فان حلف لم يظهر قبضه ولم يسقط دينه وان نكل ظهر قبضه وسقط دينه عن الموكل وان صدق الطالب انه لم يقبضه وكذب الوكيل يحلف بالله تعالى لقد دفعه اليه فان حلف برئ وان نكل لزمه ما دفع اليه وكذلك لو أودع ماله رجلا وأمره أن يدفع الوديعة الى فلان فقال المودع دفعت وكذبه فلان فهو على التفصيل الذى ذكرنا ولو دفع المودع الوديعة الى رجل وادعى انه قد دفعها اليه بامر صاحب الوديعة وأنكر صاحب الوديعة الامر فالقول قوله مع يمينه انه لم يأمره بذلك لان المودع يدعى عليه الامر وهو ينكر والقول قول المنكر مع يمينه ولو كان المال مضمونا على رجل كالمغصوب فى يد الغاصب أو الدين على الغريم فأمر الطالب أو المغصوب منه أن يدفعه الى فلان فقال المأمور قد دفعت اليه وقال فلان ما قبضت فالقول قول

فلان

فلان انه لم يقبض ولا يصدق الوكيل على الدفع الا ببينة أو بتصديق الموكل لان الضمان قد وجب عليه وهو يدعى الدفع الى فلان يريد ابراء نفسه عن الضمان الواجب فلا يصدق الا ببينة أو بتصديق الموكل فان صدقه الموكل يبرأ أيضاً لانه اذا صدقه فقد أبرأه عن الضمان ولكنهما لا يصدقان على القابض و يكون القول قوله انه لم يقبضه مع يمينه لان قولهما حجة فى حق أنفسهما الا فى ابطال حق الغير مع يمين الطالب لانه منكر للقبض والقول قول المنكر مع يمينه ولو كذبه الموكل فى الدفع وطلب الوكيل يمينه فانه يحلف على العلم بالله تعالى ما يعلم انه دفع فان حلف أخذ منه الضمان وان نكل سقط الضمان عنه ولو ان الوكيل المدفوع اليه المال قضى الدين من مال نفسه وأمسك ما دفع اليه الموكل جاز لانه لو لم يدفع اليه الدراهم أصلا وقضى الوكيل من مال نفسه جاز على الموكل لان الوكيل بقضاء الدين فى الحقيقة وكيل بشراء الدين من الطالب والوكيل بالشراء اذا نقد الثمن من مال نفسه جاز فهذا أولى ولو لم يدفع اليه شيأ ولكنه أمره بقضاء دينه فقال الوكيل قضيته وكذبه الطالب والموكل فأقام الوكيل البينة انه قد قضى صاحب الدين قبلت بينته و برئ الموكل من الدين و يرجع الوكيل على الموكل بما قضى عنه لان الثابت بالبينة كالثابت حسا ومشاهدة وقد ثبت قضاء الدين بالبينة فله ان يرجع ولو لم تكن له بينة وكذبه الطالب والموكل فالقول قولهما مع اليمين لان الوكيل بدعوى القبض يريد ايجاب الضمان على الطالب لانه يريد اسقاط الدين عن الموكل وذلك بطريق المقاصة وهو أن أن يصير المقبوض مضمونا على القابض الطالب ديناً عليه وله على الموكل دين مثله فيلتقيان قصاصاً والطالب منكر وكذا الموكل منكر لوجوب الضمان عليه فكان القول قولهما مع اليمين أو يقال ان الوكيل بقوله قضيت يدعى على الطالب بيع دينه من الغريم وعلى المشترى الشراء منه وهما منكران فكان القول قولهما مع اليمين و يحلف الموكل على العلم لانه يحلف على فعل غيره وهو قبض الطالب وان صدقه الموكل فى القضاء وكذبه الطالب يصدق على الموكل دون الطالب حتى يرجع على الموكل بما قضى و يغرم ألفاً أخرى للطالب لان الموكل صدقه فى دعوى القضاء عنه بأمره وهو مصدق على نفسه فى تصديقه فثبت القضاء فى حقه فكان القول قوله مع يمينه هكذا ذكر القدورى رحمه الله وذكر فى الجامع ان الوكيل لا يرجع على الموكل وان صدقه الموكل لان حق الرجوع يعتمد وجود القضاء ولم يوجد لان الطالب منكر الا انا نقول انكار الطالب يمنع وجود القضاء فى حقه لانه منكر ما لا يمنع وجوده فى حق الموكل لانه مقر واقرار كل مقر حجة فى حقه فكان الاول أشبه ولو دفع الى انسان مالا ليقضى دينه فقضاه الموكل بنفسه ثم قضاه الوكيل فان كان الوكيل لم يعلم بما فعله الموكل فلا ضمان على الوكيل و يرجع الموكل على الطالب بما قبض من الوكيل وان علم بان الموكل قد قضاه بنفسه فهو ضامن لان الموكل لما قضاه بنفسه فقد عزل الوكيل الا ان عزل الوكيل لا يصح الا بعد علمه به فاذا علم بفعل الموكل فقد علم بالعزل فصار متعديا فى الدفع فيلزمه الضمان واذا لم يعلم فلم يوجد منه التعدى فلا ضمان عليه وليس هذا كالوكيل بدفع الزكاة اذا أدى الموكل بنفسه ثم أدى الوكيل انه يضمن الوكيل علم بأداء الموكل أو لم يعلم عند أبى حنيفة رحمه الله لان الوكيل بأداء الزكاة مأمور بأداء الزكاة وأداء الزكاة هو اسقاط الفرض بتمليك المال من الفقير ولم يوجد ذلك من الوكيل لحصوله من الموكل فبقى الدفع من الوكيل تعدياً محضاً فكان مضمونا عليه فاما قضاء الدين فعبارة عن أداء مال مضمون على القابض على ما ذكرنا والمدفوع الى الطالب مقبوض عنه والمقبوض بجهة الضمان مضمون كالمقبوض على سوم الشراء لكونه مقبوضاً بجهة القضاء والمقبوض بجهة القضاء مضمون على القابض و يقال ان قضاء الدين عبارة عن نوع معاوضة وهو نوع شراء الدين بالمال والمقبوض من الوكيل مقبوض بجهة الشراء والمقبوض بجهة الشراء مضمون على المشترى بخلاف ما اذا دفعه على علمه بدفع الموكل لان هناك لم يوجد القبض بجهة الضمان لانعدام القبض بجهة القضاء فبقى تعديا فيجب عليه ضمان التعدى والقول قول الوكيل فى انه لم يعلم بدفع الموكل لان القول قول الامين فى دفع الضمان عن نفسه لكن مع اليمين وعلى هذا اذا مات الموكل ولم يعلم الوكيل بموته حتى قضى الدين لا ضمان عليه واذا كان عالما بموته ضمن لما قلنا والله عز وجل أعلم الوكيل ببيع العبد اذا قال بعت

وقبضت الثمن وهلك هذا على وجهين (اما) ان كان الموكل سلم العبد الى الوكيل أوكان لم يسلم اليه فان لم يكن سلم العبد اليه فقال الوكيل بعته من هذا الرجل وقبضت منه الثمن وهلك الثمن فى يدى أوقال دفعته الى الموكل فهذا لايخلو اما ان صدقه فى ذلك أوكذبه فان كذبه بالبيع أوصدقه بالبيع وكذبه فى قبض الثمن أوصدقه فيهما وكذبه فى الهلاك فان صدقه فى ذلك كله يهلك الثمن من مال الموكل ولاشىء على الوكيل لانه يهلك أمانة فى يده وان كذبه فى ذلك كله بان كذبه بالبيع أوصدقه بالبيع وكذبه فى قبض الثمن فان الوكيل يصدق فى البيع ولا يصدق فى قبض الثمن فى حق الموكل لان اقرار الوكيل فى حق نفسه جائز عليه والمشترى بالخيار ان شاء نقد الثمن ثانياً الى الموكل وأخذ منه المبيع وان شاء فسخ البيع وله أن يرجع فى الحالين جميعاً على الوكيل بما نقده كذا ولو أقر الوكيل بالبيع و زعم ان الموكل قبض من المشترى الثمن وأنكر الموكل ذلك فان الوكيل يصدق فى البيع ولا يصدق فى اقراره على الموكل بالقبض لما ذكرنا و يجبر المشترى على ماذكرنا الا ان هناك لا يرجع على الوكيل بشىء لانه لم يوجد منه الاقرار بقبض الثمن وان صدقه الموكل فى البيع وقبض الثمن وكذبه فى الهلاك او الدفع اليه فالقول قول الوكيل فى دعوى الهلاك أو الدفع اليه مع يمينه لانه أمين و يجبر الموكل على تسليم العبد الى المشترى لانه ثبت البيع وقبض الثمن بتصديقه اياه ولا يؤمر المشترى بنقد الثمن ثانياً الى الموكل لانه ثبت وصول الثمن الى يد وكيله بتصديقه و وصول الثمن الى يد وكيله كوصوله الى يده هذا اذا لم يكن العبد مسلما الى الوكيل فأما اذا كان مسلماً اليه فقال الوكيل بعته من هذا الرجل وقبضت منه الثمن فهلك عندى أو قال دفعته الى الموكل أو قال قبض الموكل الثمن من المشترى فان الوكيل يصدق فى ذلك كله و يسلم العبد الى المشترى و يبرأ المشترى من الثمن ولا يمين عليه (اما) اذا صدقه الموكل فى ذلك كله فلا يشكل وكذا اذا كذبه فى البيع أو صدقه فيه وكذبه فى قبض الثمن لان الوكيل أقر ببراءة المشترى عن الثمن فلا يحلف و يحلف الوكيل فان حلف على ما يدعيه برئ من الثمن وان نكل عن اليمين لزمه ضمان الثمن للموكل فان استحق العبد بعد ذلك من يد المشترى فانه يرجع بالثمن على الوكيل اذا أقر بقبض الثمن منه والوكيل لا يرجع على الموكل بما ضمن من الثمن للمشترى لان الموكل لم يصدقه على قبض الثمن فاقرار الوكيل فى حقه جائز ولا يجوز فى حق الرجوع على الموكل وله أن يحلف الموكل على العلم بقبض الوكيل فان نكل رجع عليه بما ضمن ولو أقر الموكل بقبض الوكيل الثمن لكنه كذبه فى الهلاك أو الدفع اليه فان الوكيل يرجع بما ضمن عليه لان يد وكيله كيده ولو كان الوكيل لم يقر بقبض الثمن بنفسه ولكنه أقر ان الموكل قبضه من المشترى لا يرجع المشترى على الوكيل لانه لم يقبض منه الثمن ولا يرجع على الموكل أيضاً لان اقرارهما على الموكل لا يجوز ولو لم يستحق المبيع ولكنه وجد به عيباً كان له أن يخاصم الوكيل فاذا رد عليه بقضاء القاضى رجع عليه بالثمن ان أقر بقبض الثمن منه وللوكيل أن يرجع على الموكل بما ضمن اذا أقر الموكل بقبض الوكيل الثمن و يكون المبيع للموكل وان لم يقر الموكل بقبض الوكيل الثمن لا يرجع الوكيل بما ضمن على الموكل وله أن يحلف الموكل على العلم بقبضه فان نكل رجع عليه وان حلف لا يرجع ولكنه يبيع العبد فيستوفى ماضمن من ثمن العبد فان كان فيه فضل رده على الموكل وان كان فيه نقصان فلا يرجع بالنقصان على أحد ولو كان الوكيل لم يقر بقبض الثمن بنفسه ولكنه أقر بقبض الموكل لا يرجع المشترى بالثمن على الوكيل لانه لم يدفعه اليه ولا يرجع على الموكل أيضاً لانهما لا يصدقان عليه بالقبض وعلى الموكل اليمين على البتات فان نكل رجع عليه والمبيع له وان حلف لا يرجع عليه بشىء ولكن المبيع يباع عليه وذكر الطحاوى فى الفصل الاول ان الوكيل يبيعه فى قولهما وفى قول أبى حنيفة رحمه الله لا يبيعه وجعل هذا كبيع مال المديون المفلس ولكن الوكيل لو باعه يجوز بيعه لانه لما رد عليه فسخاً عادت الوكالة فاذا بيع العبد يستوفى المشترى الثمن منه ان أقر الوكيل بقبض الموكل ولم يقر بقبض نفسه وان أقر بقبض الثمن وضمن المشترى يأخذ من الثمن مقدار ما غرم فان كان فيه فضل رده على الموكل وان كان فيه نقصان لا يرجع على أحد (ومنها) ان الوكيل بقضاء الدين اذا لم يدفع الموكل اليه مالا ليقضى دينه منه فقضاه من

مال

مال نفسه يرجع بما قضى على الموكل لان الآمر بقضاء الدين من مال غيره استقراض منه والمقرض يرجع على المستقرض بما أقرضه وكذلك الوكيل بالشراء من غير دفع الثمن الى الوكيل توكيل بقضاء الدين وهو الثمن والوكيل بقضاء الدين اذا قضى من مال نفسه يرجع على الموكل فكذا الوكيل بالشراء وله أن يحبس المبيع لاستيفاء الثمن من الموكل عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر ليس له حبسه (وجه) قوله ان المبيع أمانة فى يد الوكيل ألا ترى انه لو هلك فى يده فالهلاك على الموكل حتى لا يسقط الثمن عنه وليس للامين حبس الامانة بعد طلب أهلها قال الله تعالى ان الله يأمركم أن تؤدوا الامانات الى أهلها فصار كالوديعة (ولنا) انه عاقد وجب الثمن له على من وقع له حكم البيع ضمانا للمبيع فكان له حق حبس المبيع لاستيفاء الثمن كالبائع مع المشترى واذا طلب منه الموكل فحبسه حتى هلك كان مضمونا عليه بلا خلاف بين أصحابنا لكنهم اختلفوا فى كيفية الضمان قال أبو حنيفة ومحمد يكون مضمونا ضمان البيع وقال أبو يوسف يكون مضمونا ضمان الرهن وقال زفر يكون مضمونا ضمان الغصب (وجه) قول زفر ما ذكرنا ان المبيع أمانة فى يده والامين لا يملك حبس الامانة عن صاحبها فاذا حبسها فقد صار غاصبا والمغصوب مضمون بقدره من المثل أو بالقيمة بالغا ما بلغ (وجه) قول أبى يوسف ان هذه عين محبوسة بدين يسقط بهلاكها فكانت مضمونة بالاقل من قيمتها ومن الدين كالرهن (وجه) قولهما ان هذه عين محبوسة بدين هو ثمن فكانت مضمونة ضمان البيع كالمبيع فى يد البائع وكذلك الوكيل بالبيع اذا باع وسلم وقبض الثمن ثم استحق المبيع فى يد المشترى فانه يرجع بالثمن على الوكيل فيأخذ عينه ان كان قائما ومثله أو قيمته ان كان هالكا والله عز وجل أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما يخرج به الوكيل عن الوكالة فنقول وبالله التوفيق الوكيل يخرج عن الوكالة باشياء (منها) عزل الموكل اياه ونهيه لان الوكالة عقد غير لازم فكان محتملا للفسخ بالعزل والنهى ولصحة العزل شرطان أحدهما علم الوكيل به لان العزل فسخ للعقد فلا يلزم حكمه الا بعد العلم به كالفسخ فاذا عزله وهو حاضر انعزل وكذا لو كان غائبا فكتب اليه كتاب العزل فبلغه الكتاب وعلم بما فيه انعزل لان الكتاب من الغائب كالخطاب من الحاضر وكذلك لو أرسل اليه رسولا فبلغ الرسالة وقال ان فلانا ارسلنى اليك ويقول انى عزلتك عن الوكالة فانه ينعزل كائنا ما كان الرسول عدلا كان أو غير عدل حرا كان أو عبدا صغيرا كان أو كبيرا بعد أن بلغ الرسالة على الوجه الذى ذكرنا لان الرسول قائم مقام المرسل معبر وسفير عنه فتصح سفارته بعد أن صحت عبارته على أى صفة كان وان لم يكتب كتابا ولا أرسل رسولا ولكن أخبره بالعزل رجلان عدلان كانا أو غير عدلين أو رجل واحد عدل ينعزل فى قولهم جميعا سواء صدقه الوكيل أو لم يصدقه اذا ظهر صدق الخبر لان خبر الواحد مقبول فى المعاملات فان لم يكن عدلا فخبر العدلين أو العدل أولى وان أخبره واحد غير عدل فان صدقه ينعزل بالاجماع وان كذبه لا ينعزل وان ظهر صدق الخبر فى قول أبى حنيفة وعندهما ينعزل اذا ظهر صدق الخبر وان كذبه (وجه) قولهما ان الاخبار عن العزل من باب المعاملات فلا يشترط فيه العدد ولا العدالة كما فى الاخبار فى سائر المعاملات (وجه) قول أبى حنيفة ان الاخبار عن العزل له شبه الشهادة لان فيه الزام حكم المخبر به وهو العزل وهو لزوم الامتناع من التصرف ولزوم العهدة فيما يتصرف فيه بعد العزل فاشبه الشهادة فيجب اعتبار احد شرطيها وهو العدالة أو العدد وعلى هذا الاختلاف الشفيع اذا أخبره بالبيع واحد غير عدل فلم يصدقه ولم يطلب الشفعة حتى ظهر عنده صدق الخبر فهو على شفعته عند ابى حنيفه وعندهما بطلت شفعته وعلى هذا الاختلاف اذا جنى العبد جناية فى بنى آدم ثم أخبر واحد غير عدل مولاه ان عبده قد جنى فلم يصدقه حتى اعتقه لا يصير المولى مختارا للفداء عند ابى حنيفة وعندهما يصير مختارا للفداء وعلى هذا الاختلاف العبد المأذون اذا بلغه حجر المولى من غير عدل فلم يصدقه لا يصير محجورا عنده وعندهما يصير محجورا وان عزله الموكل واشهد على عزله وهو غائب ولم يخبره بالعزل احد لا ينعزل ويكون تصرفه قبل العلم بعد العزل كتصرفه قبل العزل فى جميع الاحكام التى بيناها وعن ابى يوسف فى الموكل اذا عزل الوكيل ولم يعلم به فباع الوكيل وقبض الثمن فهلك الثمن فى يد الوكيل ومات

العبد قبل التسليم الى المشترى كان للمشترى ان يرجع بالثمن على الوكيل و يرجع الوكيل على الموكل كما قبل العزل سواء لان العزل لم يصح لانعدام شرط صحته وهو العلم والثانى أن لا يتعلق بالوكالة حق الغير فاما اذا تعلق بها حق الغير فلا يصح العزل بغير رضا صاحب الحق لان فى العزل ابطال حقه من غير رضاه ولا سبيل اليه وهو كمن رهن ماله عند رجل بدين له عليه أو وضعه على يدى عدل وجعل المرتهن أو العدل مسلطاً على بيعه وقبض ثمنه عند حل الاجل فعزل الراهن المسلط على البيع لا يصح به عزله لما ذكرنا وكذلك اذا وكل المدعى عليه وكيلا بالخصومة مع المدعى بالتماس المدعى فعزله المدعى عليه بغير حضرة المدعى لا ينعزل لما ذكرنا واختلف المشايخ فيمن وكل رجلا بطلاق امرأته ان غاب ثم عزله الزوج من غير حضرة المرأة ثم غاب قال بعضهم لا يصح عزله لانه تعلق بهذه الوكالة حق المرأة فاشبه الوكيل بالخصومة وقال بعضهم يصح عزله لانه غير مجبور على الطلاق ولا على التوكيل به وانما فعله باختياره فيملك عزله كما فى سائر الوكالات ولو وكل وكالة غير جائز الرجوع يعنى بالفارسية وكيلى دمار كست هل يملك عزله اختلاف المشايخ قال بعضهم ان كان ذلك فى الطلاق والعتاق لا يملك لانه لما وكله وكالة ثابتة غير جائز الرجوع عنها فقد ألحق حكم هذا التوكيل بالامر ثم لو جعل امر امرأته الى رجل يطلقها متى شاء أو أمر عبده الى رجل يعتقه متى شاء لا يملك الرجوع عنه وكذا اذا قال لرجل طلق امرأتى ان شئت أو اعتق عبدى ان شئت لا يملك عزله كذا هذا وان كان فى البيع والشراء والاجارة والنكاح ونحوه يملك عزله وقال بعضهم انه يملك العزل فى الكل لان الوكالة ليست بلازمة بل هى اباحة وللمبيح حق المنع عن المباح ولو قال وقت التوكيل كلما عزلتك فانت وكيلى وكالة مستقبلة فعزله ينعزل ولكنه يصير وكيلا ثانيا وكالة مستقبلة كما شرط لان تعليق الوكالة بالشرط جائز ولو قال الموكل للوكيل كنت وكلتك وقلت لك كلما عزلتك فانت وكيلى فيه وقد عزلتك عن ذلك كله لا يصير وكيلا بعد ذلك الا بتوكيل جديد لان من علق التوكيل بشرط ثم عزله عن الوكالة قبل وجود الشرط ينعزل الوكيل ولا يصير وكيلا بعد ذلك بوجود الشرط وقال بعضهم فى التوكيل المعلق لا يملك العزل قبل وجود الشرط و يكون الوكيل على وكالته بعد العزل وكالة مستقبلة والاول أصح لانه لما ملك العزل فى المرسل ففى المعلق أولى (ومنها) موت الموكل لان التوكيل بامر الموكل وقد بطلت أهلية الآمر بالموت فتبطل الوكالة علم الوكيل بموته أم لا (ومنها) جنونه جنونا مطبقا لان الجنون المطبق مبطل لاهلية الآمر واختلف أبو يوسف ومحمد فى حد الجنون المطبق فحده أبو يوسف بما يستوعب الشهر ومحمد بما يستوعب الحول (وجه) قول محمد ان المستوعب للحول هو المسقط للعبادات كلها فكان التقدير به أولى (وجه) قول أبى يوسف ان هذا القدر أدنى ما يسقط به عبادة الصوم فكان التقدير به أولى (ومنها) لحاقه بدار الحرب مرتداً عند أبى حنيفة وعندهما لا يخرج به الوكيل عن الوكالة بناء على ان تصرفات المرتد موقوفة عنده فكانت وكالة الوكيل موقوفة أيضاً فان أسلم الموكل نفذت وان قتل على الردة أو لحق بدار الحرب بطلت وعندهما تصرفاته نافذة فكذا الوكالة وان كان الموكل امرأة فارتدت فالوكيل على وكالته حتى تموت أو تلحق بدار الحرب اجماعا لان ردة المرأة لا تمنع نفاذ تصرفها لانها لا تؤثر فيما يترتب عليه النفاذ وهو الملك (ومنها) عجز الموكل والحجر عليه بأن وكل المكاتب رجلا فعجز الموكل وكذا اذا وكل المأذون انسانا فحجر عليه لانه بالعجز والحجر عليه بطلت أهلية آمره بالتصرف فى المال فيبطل الامر فتبطل الوكالة (ومنها) موت الوكيل لان الموت مبطل لاهلية التصرف (ومنها) جنونه المطبق لما ذكرنا وان لحق بدار الحرب مرتداً لم يجز له التصرف الا ان يعود مسلماً لان أمره قبل الحكم بلحاقه بدار الحرب كان موقوفا فان عاد مسلماً زال التوقف وصار كانه لم يرتد أصلا وان حكم بلحاقه بدار الحرب ثم عاد مسلماً هل تعود الوكالة قال أبو يوسف لا تعود وقال محمد تعود (وجه) قوله ان نفس الردة لا تنافى الوكالة ألا ترى انها لا تبطل قبل لحاقه بدار الحرب الا انه لم يجز تصرفه فى دار الحرب لتعذر التنفيذ لاختلاف الدارين فاذا عاد زال المانع فيجوز ونظيره من وكل رجلا ببيع عبد بالكوفة فلم يبعه فيها حتى خرج الى البصرة لا يملك بيعه بالبصرة ثم اذا عاد الى الكوفة ملك بيعه فيها كذا هذا (وجه)

قول أبي يوسف ان الوكالة عقد حكم ببطلانه بلحاقه بدار الحرب فلا يحتمل العود كالنكاح (وأما) الموكل اذا ارتد ولحق بدار الحرب ثم عاد مسلماً لا تعود الوكالة في ظاهر الرواية وروى عن محمد أنها تعود ووجهه ان بطلان الوكالة لبطلان ملك الموكل فاذا عاد مسلماً عاد ملكه الاول فيعود بحقوقه (وجه) ظاهر الرواية ان لحوقه بدار الحرب بمنزلة الموت ولو مات لا يحتمل العود فكذا اذا لحق بدار الحرب (ومنها) أن يتصرف الموكل بنفسه فيما وكل به قبل تصرف الوكيل نحو ما اذا وكله ببيع عبده فباعه الموكل أو أعتقه أو دبره أو كاتبه أو وهبه وكذا اذا استحق أو كان حر الاصل لان الوكيل عجز عن التصرف لزوال ملك الموكل فينتهي حكم الوكالة كما اذا هلك العبد ولو باعه الموكل بنفسه ثم رد عليه بعيب بقضاء هل تعود الوكالة كما اذا هلك العبد قال أبو يوسف لا تعود وقال محمد تعود لان العائد بالفسخ عين الملك الاول فيعود بحقوقه (وجه) قول أبي يوسف ان تصرف الموكل نفسه يتضمن عزل الوكيل لانه أعجزه عن التصرف فيما وكله به والوكيل بعد ما انعزل لا يعود وكيلا الا بتجديد التوكيل ولو وكله أن يهب عبده فوهبه الموكل بنفسه ثم رجع في هبته لا تعود الوكالة حتى لا يملك الوكيل أن يهبه فمحمد يحتاج الى الفرق بين البيع و بين الهبة (ووجه) الفرق له لم يتضح وكذلك لو وكله بشراء شيء ثم اشتراه بنفسه وكذا اذا وكله بتزويج امرأة فتزوجها لانه عجز عن تزويجها منه فبطلت الوكالة وكذا اذا وكله بعتق عبده أو بالتدبير أو بالكتابة أو الهبة ففعل بنفسه لما قلنا وكذا اذا وكله بخلع امرأته ثم خلعها لان المختلعة لا تحتمل الخلع وكذا اذا وكله بطلاق امرأته فطلقها بنفسه ثلاثاً أو واحدة وانقضت عدتها لانها لا تحتمل الطلاق بعد الثلاث وانقضاء العدة حتى لو طلقها الزوج واحدة والعدة باقية فالوكالة قائمة لانها تحتمل الطلاق في العدة ولو وكله بالكتابة فكاتبه ثم عجز لم يكن له أن يكاتبه مرة ثانية وكذا لو وكله أن يزوجه امرأة فزوجه وابانها لم يكن للوكيل ان يزوجه مرة أخرى لان الامر بالفعل لا يقتضي التكرار فاذا فعل مرة حصل الامتثال فانتهى حكم الآمر كما في الاوامر الشرعية بخلاف ما لو وكله ببيع عبده فباعه الوكيل ثم رد عليه بقضاء قاض ان له ان يبيعه ثانياً لان الرد بقضاء القاضي يوجب ارتفاع العقد من الاصل و يجعله كان لم يكن فلم يكن هذا تكراراً حتى لو رده عليه بغير قضاء قاض لم يجز له أن يبيعه لان هذا بيع جديد وقد انتهت الوكالة بالاول فلا يملك الثاني الا بتجديد التوكيل (ومنها) هلاك العبد الذي وكل ببيعه أو باعتاقه أو بهبته أو بتدبيره أو بكتابته أو نحو ذلك لان التصرف في المحل لا يتصور بعد هلاكه والوكالة بالتصرف فيما لا يحتمل التصرف محال فبطل ثم هذه الاشياء التي ذكرناه أن يخرج بها الوكيل من الوكالة سوى العزل والنهي لا يفترق الحال فيها بين ما اذا علم الوكيل أو لم يعلم في حق الخروج عن الوكالة لكن تقع المفارقة فيما بين البعض والبعض من وجه آخر وهو ان الموكل اذا باع العبد الموكل ببيعه بنفسه ولم يعلم به الوكيل فباعه الوكيل وقبض الثمن فهلك الثمن في يده ومات العبد قبل التسليم الى المشتري ورجع المشتري على الوكيل بالثمن رجع الوكيل على الموكل وكذا لو دبره أو أعتقه أو استحق أو كان حر الاصل وفيما اذا مات الموكل أو جن أو هلك العبد الذي وكل ببيعه ونحوه لا يرجع الوكيل والفرق أن الوكيل هناك وان صار معزولا بتصرف الموكل لكنه صار مغروراً من جهته بترك اعلامه اياه فصار كفيلا له بما يلحقه من الضمان فيرجع عليه بضمان الكفالة اذ ضمان الغرور في الحقيقة ضمان الكفالة ومعنى الغرور لا يتقدر في الموت وهلاك العبد والجنون واخواتها فهو الفرق ولو وكله بقبض دين له على رجل ثم ان الموكل وهب المال للذي عليه الدين والوكيل لا يعلم بذلك فقبض الوكيل المال فهلك في يده كان لدافع الدين أن يأخذ به الموكل ولا ضمان على الوكيل لان يد الوكيل يد نيابة عن الموكل لانه قبضه بامره وقبض النائب كقبض المنوب عنه فكأنه قبضه بنفسه بعد ما وهبه منه ولو كان كذلك لرجع عليه فكذا هذا والله عز وجل أعلم

كتاب الصلح

الكلام في كتاب الصلح يقع في مواضع في بيان أنواع الصلح وفي بيان شرعية كل نوع وفي بيان ركن الصلح وفي

بيان شرائط الركن وفي بيان حكم الصلح وفي بيان ما يبطل به عقد الصلح بعد وجوده وفي بيان حكمه اذا بطل أولم يصح من الاصل (أما) الاول فنقول وبالله التوفيق الصلح في الاصل أنواع ثلاثة صلح عن اقرار المدعى عليه وصلح عن انكاره وصلح عن سكوته من غير اقرار ولا انكار وكل نوع من ذلك لا يخلو اما أن يكون بين المدعى والمدعى عليه وإما أن يكون بين المدعى والاجنبي المتوسط فان كان بين المدعى والمدعى عليه فكل واحد من الانواع الثلاثة مشروع عند أصحابنا وقال ابن أبي ليلى المشروع هو الصلح عن اقرار وسكوت لا غيرهما وقال الشافعي رحمه الله المشروع هو الصلح عن اقرار لا غير (وجه) قول الشافعي رحمه الله ان جواز الصلح يستدعى حقاً ثابتاً ولم يوجد في موضع الانكار والسكوت اما في الانكار فلأن الحق لو ثبت فانما يثبت بالدعوى وقد عارضها الانكار فلا يثبت الحق عند التعارض فاما في السكوت فلان الساكت ينزل منكراً حكما حتى تسمع عليه البينة فكان انكاره معارضا لدعوى المدعى فلم يثبت الحق ولو بذل المال لبذله لدفع خصومة باطلة فكان في معنى الرشوة (ولنا) ظاهر قوله تعالى والصلح خير وصف الله تعالى عز شأنه جنس الصلح بالخيرية ومعلوم ان الباطل لا يوصف بالخيرية فكان كل صلح مشروعا بظاهر هذا النص الا ما خص بدليل وعن سيدنا عمر رضي الله عنه أنه قال ردوا الخصوم حتى يصطلحوا فان فصل القضاء يورث بينهم الضغائن أمر رضي الله عنه برد الخصوم الى الصلح مطلقاً وكان ذلك بمحضر من الصحابة الكرام رضي الله عنهم ولم ينكر عليه أحد فيكون اجماعا من الصحابة فيكون حجة قاطعة ولان الصلح شرع للحاجة الى قطع الخصومة والمنازعة والحاجة الى قطعها في التحقيق عند الانكار اذ الاقرار مسالمة ومساعدة فكان أولى بالجواز ولهذا قال أبو حنيفة رحمه الله أجوز ما يكون الصلح على الانكار وقال الشيخ أبو منصور الماتريدي السمرقندي رحمه الله ما صنع الشيطان من ايقاع العداوة والبغضاء في بني آدم ما صنع الشافعي رحمه الله في انكاره الصلح على الانكار وقوله ان الحق ليس بثابت قلنا هذا على الاطلاق ممنوع بل الحق ثابت في زعم المدعى وحق الخصومة واليمين ثابتان له شرعا فكان هذا صلحاً عن حق ثابت فكان مشروعا

﴿ فصل ﴾ وأما ركن الصلح فالايجاب والقبول وهو أن يقول المدعى عليه صالحتك من كذا على كذا أو من دعواك كذا على كذا و يقول الآخر قبلت أو رضيت أو ما يدل على قبوله و رضاه فاذا وجد الايجاب والقبول فقد تم عقد الصلح

﴿ فصل ﴾ وأما شرائط الركن فانواع بعضها يرجع الى المصالح و بعضها يرجع الى المصالح عليه و بعضها يرجع الى المصالح عنه (أما) الذي يرجع الى المصالح فانواع (منها) أن يكون عاقلا وهذا شرط عام في جميع التصرفات كلها فلا يصح صلح المجنون والصبي الذي لا يعقل لانعدام أهلية التصرف بانعدام العقل (فاما) البلوغ فليس بشرط حتى يصح صلح الصبي في الجملة وهو الصبي المأذون اذا كان له فيه نفع أو لا يكون له فيه ضرر ظاهر بيان ذلك اذا وجب للصبي المأذون على انسان دين فصالحه على بعض حقه فان لم يكن له عليه بينة جاز الصلح لان عند انعدام البينة لا حق له الا الخصومة والحلف والمال أنفع له منهما وان كان له عليه بينة لا يجوز الصلح لان الحط تبرع وهو لا يملك التبرعات ولو أخر الدين جاز سواء كانت له بينة أو لا فرقا بينه و بين الصلح لان تأخير الدين من أعمال التجارة والصبي المأذون في التجارات كالبالغ ألا ترى أنه يملك التأجيل في نفس العقد بان يبيع بأجل فيملكه متأخرا عن العقد أيضا بخلاف الحط لانه ليس من التجارة بل هو تبرع فلا يملكه الا أنه يملك حط بعض الثمن لاجل العيب لان حط بعض الثمن للعيب قد يكون أنفع من أخذ المبيع المعيب فكان ذلك من باب التجارة فيملكه ولو صالح الصبي المأذون من المسلم فيه على رأس المال جاز لان الصلح من المسلم فيه على رأس المال اقالة للعقد والاقالة من باب التجارة وكذلك لو اشترى سلعة وظهر بها عيب فصالح البائع على ان قبلها جاز لان الثمن انفع من المبيع المعيب عادة ولو صالحه البائع فحط عنه بعض الثمن لا شك فيه أنه يجوز لان الحط من البائع تبرع منه على الصبي فيصح ولو ادعى انسان

عليه دينا فاقر به فصالحه على ان حط عنه البعض جاز لان اقرار الصبي المأذون بالدين صحيح فكان الصلح تبرعا على الصبي بحط بعض الحق الواجب عليه والصبي من أهل أن يتبرع عليه فيصح وكذلك حرية المصالح ليست بشرط لصحة الصلح حتى يصح صلح العبد المأذون اذا كان له فيه منفعة أو كان من التجارة الا أنه لا يملك الصلح على حط بعض الحق اذا كان له عليه بينة و يملك التأجيل كيف ما كان و يملك حط بعض الثمن لاجل العيب لما قلنا ولو صالحه البائع على حط بعض الثمن جاز لما ذكرنا في الصبي المأذون وكذلك لو ادعى على انسان دينا وهو مأذون فأقر به ثم صالحه على أن حط بعضه جاز لان اقرار العبد المأذون بالدين صحيح فكان الحط من المدعى تبرعا على العبد ببعض الدين فيصح ولو حجر عليه المولى ثم ادعى انسان عليه دينا فأقر به وهو محجور ثم صالحه عنه على مال ضمنه باقراره فان لم يكن في يده مال لا ينفذ الصلح لان اقرار المحجور لا ينفذ اذا لم يكن في يده مال واذا لم ينفذ الصلح فلا يطالب به للحال ولكن يطالب به بعد العتق لان اقراره من نفسه صحيح لصدوره من أهله الا أنه اذا لم يظهر في حق المولى للحال لمانع وهو حق المولى فاذا عتق زال المانع فيظهر حينئذ وأما اذا كان في يده مال فيجوز اقراره عند أبي حنيفة وعندهما لا يجوز (وجه) قولهما ان هذا اقرار المحجور لبطلان الاذن بالحجر واقرار المحجور غير صحيح (وجه) قول أبي حنيفة ان اقرار المحجور اذا كان في يده مال صحيح لان العبد المحجور من أهل الاقرار وانما المانع من ظهوره حق المولى فاذا كانت يده ثابتة على هذا المال منع ظهور حق المولى لانه يحتمل أن يكون صادقا في اقراره فيمنع ظهور حق المولى فيه و يحتمل أن يكون كاذبا فلا يظهر فلا تبطل يده الثابتة عليه بالشك بخلاف ما اذا لم يكن في يده مال لان يد المولى ثابتة حقيقة والاقرار في نفسه محتمل فلا يوجب بطلان يده الثابتة حقيقة مع الشك والاحتمال وكذلك المكاتب نظير العبد المأذون في جميع ما ذكرنا لانه عبد ما بقي عليه درهم على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم فان عجز المكاتب فادعى رجل عليه دينا فاصطلحا على أن يأخذ بعضه و يؤخر بعضه فان لم يكن له عليه بينة لا يجوز لانه لما عجز فقد صار محجورا عن التصرف فلا يصح صلحه وان كانت له عليه بينة جاز لانه وان عجز فالخصم في ديونه هو فيملك التصرف فيها لحط البعض بالصلح (ومنها) أن لا يكون المصالح بالصلح على الصغير مضرا به مضرة ظاهرة حتى ان من ادعى على صبي ديناً فصالح أب الوصي من دعواه على مال الصبي الصغير فان كان للمدعى بينة وما أعطى من المال مثل الحق المدعى أو زيادة يتغابن في مثلها فالصلح جائز لان الصلح في هذه الصورة لمعنى المعاوضة لامكان الوصول الى كل الحق بالبينة والاب يملك المعاوضة من مال الصغير بالغبن اليسير وان لم تكن له بينة لا يجوز لان عند انعدام البينة يقع الصلح تبرعا بمال الصغير وانه ضرر محض فلا يملكه الاب ولو صالح من مال نفسه جاز لانه ما أضر بالصغير بل نفعه حيث قطع الخصومة عنه ولو ادعى أب الصغير على انسان دينا للصغير فصالح على أن حط بعضه واخذ الباقي فان كان له عليه بينة لا يجوز لان الحط منه تبرع من ماله وهو لا يملك ذلك وان صالحه على مثل قيمة ذلك الشيء أو نقص منه شيأ يسيرا جاز لان الصلح في هذه الصورة بمعنى البيع وهو يملك البيع فيملك الصلح وهل يملك الاب الحط من دين وجب للصغير والابراء عنه هذا لا يخلو من أحد وجهين (اما) ان كان ولي ذلك العقد بنفسه (واما) ان لم يكن وليه فان لم يكن وليه لا يجوز بالاجماع لان الحط والابراء من باب التبرع والاب لا يملك التبرع لكونه مضرة محضة وان كان وليه بنفسه يجوز عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف لا يجوز وهذا على اختلافهم في الوكيل بالبيع اذا أبرأ المشتري عن الثمن أو حط بعضه وقد ذكرناه في كتاب الوكالة ولا يجوز صلح أحد على حمل أباكان المصالح أو غيره وان خرج حيا بعد ذلك وورث وجازت الوصايا لانه لو صح عليه لكان لا يخلو اما أن يصح على اعتبار الحال واما أن يصح على اعتبار الانفصال لا سبيل الى الاول لان الصلح عليه من باب تنفيذ الولاية وهو للحال لا يوصف بكونه موليا عليه ولا سبيل الى الثاني لان الصلح لا يحتمل الاضافة الى الوقت و يملك الاب استيفاء القصاص في النفس ومادونها ولا يملك الوصي استيفاء القصاص في النفس والفرق ان استيفاء القصاص تصرف

على نفس الصغير بالاحياء وتحصيل التشفي قال الله تعالى عز شأنه ولكم في القصاص حياة وكذا منفعة التشفي راجعة الى نفسه وللأب ولاية على نفس الصغير ولا ولاية للوصي عليها ولهذا املك انكاحه دون الوصي الا أنه يملك القصاص فيما دون النفس لان مادون النفس يسلك به مسلك الاموال لشبهه بالاموال ألا ترى ان القصاص لا يجرى بين طرف الحر والعبد ولا بين طرف الذكر والانثى مع جريان القصاص بينهم في الانفس و يستوفي القصاص فيما دون النفس في الحر كما يستوفي في سائر الحقوق المالية فيه ولا يستوفي القصاص في النفس فيه و يقضي بالنكول في الاطراف كما يقضي به في الاموال عند أبي حنيفة ولا يقضي به في الانفس وله ولاية التصرف في الحال والمال فيلي التصرف فيما دون النفس و يملك الاب الصلح عن القصاص في النفس ومادونه لانه لما ملك الاستيفاء فلأن يملك الصلح أولى لانه أنفع من الاستيفاء وكذا الوصي يملك الصلح عن القصاص فيما دون النفس لانه يملك الاستيفاء فيما دون النفس فكذا الصلح عنه لانه أنفع وهل يملك الصلح عن القصاص في النفس ذكر في كتاب الصلح انه لا يملك وذكر في الجامع الصغير انه يملك وكذا روى القدورى رحمه الله فعلى رواية الجامع يحتاج الى الفرق بين الاستيفاء و بين الصلح (ووجه) الفرق بينهما ظاهر لما ذكرنا أن القصاص تصرف في النفس بتحصيل الحياة والتشفي ولا ولاية له على نفسه فلا يملك الاستيفاء فأما الصلح فتصرف في المال وله ولاية التصرف في المال وانه فرق واضح (وجه) رواية الصلح أن الصلح اعتياض عن القصاص فاذا لم يملك القصاص فكيف يملك الاعتياض عنه ولو صالح الاب أو الوصي على أقل من الدية في الخطأ وشبه العمد لا يجوز لان الحط تبرع وهما لا يملكان التبرع بمال اليتيم والحط القليل والكثير سواء بخلاف الغبن اليسير في البيع انهما يملكانه والفرق أن الحط نقصان متحقق لان الدية مقدرة بمقدار معلوم فالنقصان عنه متحقق وان قل والنقصان في البيع غير متحقق لان العوض فيه غير مقدر لاختلافه بتقويم المقومين فاذا لم يتقدر العوض لا يتحقق النقصان (ومنها) أن يكون المصالح عن الصغير ممن يملك التصرف في ماله كالاب والجد والوصي لان الصلح تصرف في المال فيختص بمن يملك التصرف فيه (ومنها) أن لا يكون مرتدا عند أبي حنيفة وعندهما صلحه نافذ بناء على أن تصرفات المرتد موقوفة عنده وعندهما نافذة لكن عند محمد نفاذ تصرف المريض وعند أبي يوسف نفاذ تصرف من عليه القصاص في النفس والمسئلة تعرف في موضعها ان شاء الله تعالى وأما المرتدة فصلحها جائز بلا خلاف لان حكمها حكم الحربية الا انها اذا التحقت بدار الحرب وقضى القاضي بذلك بطل بعضه دون بعض كصلح الحربية لثبوت أحكام أهل الحرب في حقها بالتحاقها بدار الحرب

﴿فصل﴾ وأما الشرائط التي ترجع الى المصالح عليه فأنواع (منها) أن يكون مالا فلا يصح الصلح على الخمر والميتة والدم وصيد الاحرام والحرم وكل ما ليس بمال لان في الصلح معنى المعاوضة فما لا يصلح عوضا في البياعات لا يصلح بدل الصلح وكذا اذا صالح على عبد فاذا هو حر لا يصح الصلح لانه تبين أن الصلح لم يصادف محله وسواء كان المال عينا أو دينا أو منفعة ليست بعين ولا دين لان العوض في المعاوضات المطلقة قد يكون عينا وقد يكون دينا وقد يكون منفعة الا انه يشترط القبض في بعض الاعواض في بعض الاحوال دون بعض وجملة الكلام فيه أن المدعى لا يخلو من أحد وجوه (اما) أن يكون عينا وهو ما يحتمل التعيين مطلقا جنسا ونوعا وقدرا وصفة واستحقاقا كالعروض من الثياب والعقار من الارضين والدور والحيوان من العبيد والدواب والمكيل من الحنطة والشعير والموزون من الصفر والحديد (واما) أن يكون دينا وهو ما لا يحتمل التعيين من الدراهم والدنانير والمكيل الموصوف في الذمة والموزون الموصوف سوى الدراهم والدنانير والثياب الموصوفة والحيوان الموصوف (واما) أن يكون منفعة (واما) أن يكون حقا ليس بعين ولا دين ولا منفعة و بدل الصلح لا يخلو من أن يكون عينا أو دينا أو منفعة والصلح لا يخلو من أن يكون عن اقرار المدعى عليه أو عن انكاره أو عن سكوته فان كان المدعى عينا فصالح منها عن اقرار يجوز سواء كان بدل الصلح عينا أو دينا بعد أن كان معلوم القدر والصفة الا الحيوان والا الثياب الا بجميع شرائط

السلم لان هذا الصلح من الجانبين جميعا في معنى البيع فكان بدل الصلح في معنى الثمن وهذه الاشياء تصلح ثمنا في البياعات عينا كانت أو دينا الا الحيوان لانه يثبت دينا في الذمة بدلا عما هو مال أصلا والثياب لا تثبت دينا في الذمة الا بشرائط السلم من بيان القدر والوصف والاجل والمكيل والموزون يثبتان في الذمة مطلقا في المعاوضة المطلقة من غير أجل ولا يشترط قبضه في المجلس لانه ليس بصرف ولا في ترك قبضه افتراق عن دين بدين بل هو افتراق عن عين بعين أو عين بدين وكل ذلك جائز وان كان دينا فان كان دراهم أو دنانير فصالح منها لا يخلو من أحد وجهين (اما) ان صالح منها على خلاف جنسها أو على جنسها فان صالح منها على خلاف جنسها فان صالح منها على عين جاز لان الصلح عليها في معنى بيع الدين بالعين وانه جائز ولا يشترط القبض وان صالح منها على دين سواه لا يجوز لانه بائع ما ليس عنده لان الدراهم والدنانير أثمان أبدا وما وقع عليه الصلح مبيع فالصلح في هذه الصورة يقع بيع ما ليس عند البائع وانه منهى عنه وان صالح منها على جنسها فان صالح من دراهم على دراهم فهذا لا يخلو من ثلاثة أوجه (اما) ان صالح على مثل حقه (واما) ان صالح على أقل من حقه (واما) ان صالح على أكثر من حقه فان صالح على مثل حقه قدرا ووصفا بان صالح من ألف جياد على ألف جياد فلا شك في جوازه ولا يشترط القبض لان هذا استيفاء عين حقه أصلا ووصفا ولو صالح على أقل من حقه قدرا ووصفا بان صالح من الالف الجياد على خمسمائة نبهرجة يجوز أيضا ويحمل على استيفاء بعض عين الحق أصلا والابراء عن الباقي أصلا ووصفا لان أمور المسلمين محمولة على الصلاح والسداد ما أمكن ولو حمل على المعاوضة يؤدى الى الربا لانه يصير بائعا ألفا بخمسمائة وانه ربا فيحمل على استيفاء بعض الحق والابراء عن الباقي ولا يشترط القبض ويجوز مؤجلا لان جوازه ليس بطريق المعاوضة ليكون صرفا وكذلك ان صالح على أقل من حقه وصفا لا قدرا بأن صالح عن ألف جياد على ألف نبهرجة أو صالح على أقل من حقه قدرا لا وصفا بأن صالح من ألف جياد على خمسمائة جيدة يجوز ويحمل على استيفاء البعض والحط والابراء والتجوز بدون الحق أصلا ووصفا يجوز من غير قبض ومؤجلا ولو صالح على أكثر من حقه قدرا ووصفا بأن صالح من الف نبهرجة على الف وخمسمائة جياد أو صالح على أكثر من حقه قدرا لا وصفا بأن صالح من الف جياد على الف وخمسمائة نبهرجة لا يجوز لانه ربا لانه يحمله على المعاوضة هنا لتعذر حمله على استيفاء البعض واسقاط الباقي وان صالح على أكثر من حقه وصفا لا قدرا بأن صالح من ألف نبهرجة على ألف جياد جاز ويشترط الحلول أو التقابض حتى لو كان الصلح مؤجلا ان لم يقبض في المجلس بطل لانه صرف (وأما) اذا صالح على أكثر من حقه وصفا وأقل منه قدرا بأن صالح من الف نبهرجة على خمسمائة جياد لا يجوز عند أبي حنيفة ومحمد وهو قول أبي يوسف الآخر وكان يقول أولا يجوز ثم رجع (وجه) قوله الاول ان هذا حط بعض حقه وهو خمسمائة نبهرجة فيبقى عليه خمسمائة نبهرجة الا أنه أحسن في القضاء بخمسمائة جيدة فلا يمتنع عنه حتى انه لو امتنع لا يكون عليه الا خمسمائة نبهرجة (وجه) ظاهر الرواية ان الصلح من الالف النبهرجة على الخمسمائة الجيدة اعتياض عن صفة الجودة وهذا لا يجوز لان الجودة في الاموال الربوية لا قيمة لها عند مقابلتها بجنسها لقوله عليه الصلاة والسلام جيدها ورديئها سواء فلا يصح الاعتياض عنها لسقوط قيمتها شرعا والساقط شرعا والعدم الاصلي سواء ولان الصلح على هذا الوجه لا يخلو اما أن يجعل استيفاء لعين الحق أو يجعل معاوضة لا سبيل الى الاول لان حقه في الردىء لا في الجيد فيحمل على المعاوضة فيصير بائعا الف نبهرجة بخمسمائة جيدة فيكون ربا وكذلك حكم الدنانير والصلح منها على دنانير كحكم الدراهم في جميع ما ذكرنا ولو صالح من دراهم على دنانير أو من دنانير على دراهم جاز ويشترط القبض في المجلس لانه صرف ولو ادعى الف درهم ومائة دينار فصالحه على مائة درهم الى شهر جاز وطريق جوازه بان يجعل حطا لا معاوضة لانه لو جعل معاوضة لبطل لانه يصير بعض المائة عوضا عن الدنانير والبعض عوضا عن الدراهم فيصير بائعا تسعمائة بخمسين فيكون ربا وأمور المسلمين محمولة على الصلاح والسداد ما أمكن وأمكن أن يجعل حطا للدنانير أصلا و بعض الدراهم

وذلك تسعمائة وتأجيل البعض وذلك مائة الى شهر وكذلك لوكان عليه ألف درهم وكر فصالحه على مائة جاز وطريق جوازه أن يجعل حطا واسقاطا للكر لا معاوضة لان استبدال المسلم فيه لا يجوز ولوكان المال لان عليه لرجلين لاحدهما دراهم والآخر دنانير فصالحه على مائة درهم جاز وطريقة جوازه أن يعتبر معاوضة فى حق أحدهما وحطا واسقاطا فى حق الآخر وذلك أن يقسم بدل الصلح على قدر قيمة دينهما من الدراهم والدنانير فالقدر الذى أصاب الدنانير يكون عوضا عنها فيكون صرفا فيراعى فيه شرائط الصرف فيشترط القبض فى المجلس والقدر الذى أصاب الدراهم لا يجوز أن يجعل عوضا لانه يؤدى الى الربا فيجعل الصلح فى حقه استيفاء لبعض الحق وابراء عن الباقى والاصل أن الصلح متى وقع على أقل من جنس حقه من الدراهم والدنانير يعتبر استيفاء لبعض الحق وابراء عن الباقى ومتى وقع على أكثر من جنس حقه منها أو وقع على جنس آخر من الدين والعين يعتبر معاوضة لانه لا يمكن حمله على استيفاء عين الحق والابراء عن الباقى لان استيفاء عين الحق من جنسه يكون ولم يوجد فيعتبر معاوضة فما جازت به المعاوضات يجوز هذا وما فسدت به تلك يفسد به هذا وقد ذكرنا بعض مسائل هذا الاصل وعلى هذا اذا صالح من ألف حالة على ألف مؤجلة جاز و يعتبر حطا للحلول وتأجيلا للدين وتجوز ابدون من حقه لا معاوضة ولو صالح من ألف حالة على خمسمائة قد ذكرنا انه يجوز و يعتبر استيفاء لبعض حقه وابراء عن الباقى وأما اذا صالح على خمسمائة أن يعطيها اياه فهذا لا يخلو من أحد وجهين (اما) ان وقت لاداء الخمسمائة وقتا (واما) ان لم يوقت فان لم يوقت فالصلح جائز و يكون حطا للخمسمائة لان هذا الشرط لا يفيد شيأ لم يكن من قبل ألا ترى انه لو لم يذكر للزمه الاعطاء فكان ذكره والسكوت عنه بمنزلة واحدة وكذلك الحط على هذا بان قال للغريم حططت عنك خمسمائة على أن تعطينى خمسمائة لما بينا وان وقت بان قال صالحتك على خمسمائة على أن تعطنيها اليوم أو على أن تعجلها اليوم فاما ان اقتصر على هذا القدر ولم ينص على شرط العدم واما ان نص عليه فقال فان لم تعطنى اليوم أو ان لم تعجل اليوم او على أن تعجلها اليوم فالالف عليك فان نص عليه فان أعطاه وعجلت فى اليوم فالصلح ماض و برئ عن خمسمائة وان لم يعطه حتى مضى اليوم فالالف عليه بلا خلاف وكذلك الحط على هذا (وأما) اذا اقتصر عليه ولم ينص على شرط العدم فان اعطاه فى اليوم برئ عن خمسمائة بالاجماع وأما اذا لم يعطه حتى مضى اليوم بطل الصلح والالف عليه عند أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف الصلح ماض وعليه خمسمائة فقط (وجه) قوله ان شرط التعجيل ما أفاده شيأ لم يكن من قبل لان التعجيل كان واجبا عليه بحكم العقد فكان ذكره والسكوت عنه بمنزلة واحدة ولو سكت عنه لكان الامر على ما وصفنا فكذا هذا بخلاف ما اذا قال فان لم تفعل فكذا لان التنصيص على عدم الشرط نفى للمشروط عند عدمه فكان مفيدا (وجه) قولهما أن شرط التعجيل فى هذه الصورة شرط انفساخ العقد عند عدمه بدلالة حال تصرف العاقل لان العاقل يقصد بتصرفه الافادة دون اللغو واللعب والعبث ولو حمل المذكور على ظاهر شرط التعجيل للغا لان التعجيل ثابت بدونه فيجعل ذكر شرط التعجيل ظاهرا شرطا لانفساخ العقد عند عدم التعجيل فصار كانه نص على هذا الشرط فقال فان لم تعجل فلا صلح بيننا ولوكان كذلك لكان الامر على ما نص عليه فكذا هذا وتبين بهذا أن هذا تعليق الفسخ بالشرط لا تعليق العقد كما اذا باع بألف على أن ينقد الثمن الى ثلاثة أيام فان لم ينقده فلا بيع بينهما وذلك جائز لدخول الشرط على الفسخ لا على العقد فكذا هذا وكذلك لو أخذ منه كفيلا وشرط على الكفيل أنه ان لم يوفه خمسمائة الى رأس الشهر فعليه كل المال وهو الالف فهو جائز والالف لازمة للكفيل ان لم يوفه لانه جعل عدم ايفاء الخمسمائة الى رأس الشهر شرطا للكفالة بألف فاذا وجد الشرط ثبت المشروط ولو ضمن الكفيل الالف ثم قال حططت عنك خمسمائة على أن توفينى رأس الشهر خمسمائة فان لم تفعل فالالف عليك فهذا أوثق من الباب الاول لان هذا هنا علق الحط بشرط التعجيل وهو ايفاء الخمسمائة رأس الشهر وجعل عدم هذا الشرط شرطا لانفساخ الحط وفى الباب الاول جعل عدم التعجيل شرطا للعقد وهو الكفالة بالالف والفسخ للشرط أقبل من العقد لذلك كان الثانى

أوثق من الاول وكذلك لوجعل المال نجوما بكفيل أو بغير كفيل وشرط أنه ان لم يوفه كل نجم عند محله فالمال حال عليه فهو جائز على ماشرط لانه جعل الاخلال بنجم شرطا لحلول كل المال عليه وأنه صحيح ولوكان له عليه ألف فقال أدالى من الالف خمسمائة غدا على أنك برىء من الباقى فان ادى اليه خمسمائة غدا يبرأ من الباقى اجماعا وان لم يؤد فعليه الالف عند أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف ليس عليه الا خمسمائة وقد مرت المسئلة ولوقال ان أديت الى خمسمائة فانت برىء من الباقى أوقال متى أديت فادى اليه خمسمائة لا يبرىء عن الخمسمائة الباقية حتى يبرئه وكذلك اذا قال لمكاتبه ذلك فادى خمسمائة لا يبرأ عن الباقى حتى يبرئه لان هذا تعليق البراءة بالشرط وانه باطل بخلاف ما اذا كان بلفظ الصلح أو الحط أو الامر لان ذلك ليس تعليق بالبراءة بالشرط على مامر ولوقال لمكاتبه ان اديت الى خمساية فانت حر فادى خمسمائة عتق لان هذا تعليق العتق بالشرط وذلك فى حق المكاتب صحيح ولو كان له على انسان ألف مؤجلة فصالح منها فهذا لايخلو من أحد وجهين اما ان صالح منها على أقل من حقه أو على تمام حقه وكل ذلك لايخلو من ان يشترط التعجيل أو لم يشترط فان صالح على اقل من حقه قدرا أو وصفا أو قدرا ووصفا ولم يشترط التعجيل لما وقع عليه الصلح جاز ويكون حطا وتجوزا بدون حقه وله ان يأخذ الباقى بعد حل الاجل وان شرط التعجيل فالصلح باطل وعليه رد ماقبض والرجوع برأس ماله بعد حل الاجل لان فيه معاوضة الاجل وهو التعجيل بالحط وهذا لايجوز لان الاجل ليس بمال وان صالح على تمام حقه جاز وان شرط التعجيل فان صالح من ألف مؤجلة على ألف معجلة لكن بشرط القبض قبل الافتراق عن المجلس وكذلك حكم الدنانير على هذا ولوكان الواجب عليه قيمة المستهلك فان كان المستهلك من ذوات القيمة فصالح فان صالح على الدراهم والدنانير حالة أو مؤجلة جاز الصلح لان الواجب فى ذمته قبل المتلف صورة ومعنى كذا الاستهلاك تحقيقا للمماثلة المعلقة ثم يملكه بأداء الضمان فاذا صالح كان هذا الصلح على عين حقه فيجوز على أى وصف كان وان صالح على غير الدراهم والدنانير ان كان عيناً جاز ولا يشترط القبض وان كان ديناً موصوفاً يجوز أيضا لكن القبض فى المجلس شرط ولو كان الواجب عليه مثل المستهلك فان كان من ذوات الامثال كالمكيل والموزون الذى ليس فى تبعيضه ضرر فحكم الصلح فيه كحكم الصلح فى كر الحنطة فنقول وبالله التوفيق اذا كان المدعى ديناً سوى الدراهم والدنانير فان كان مكيلا بان كان كر حنطة مثلا فصالح منه لايخلو من أحد وجهين (اما) ان صالح على جنسه أو على خلاف جنسه فان صالح على جنسه لايخلو من ثلاثة أوجه (اما) ان صالح على مثل حقه (واما) على أقل منه (واما) ان صالح على أكثر منه فان صالح على مثل حقه قدراً أو وصفاً جاز ولا يشترط القبض لانه استوفى عين حقه وان صالح على أقل من حقه قدراً أو وصفاً جاز ويكون حطا لا معاوضة لما ذكرنا فى الدراهم ولا يشترط القبض ويكون مؤجلا وان صالح على أقل من حقه وصفاً لا قدراً جاز أيضاً ويكون استيفاء لعين حقه أصلا وابراء له عن الصفة فلا يشترط للقبض ويجوز حتى لا يبطل بالتأجيل أو تركه ويعتبر رضا بدون حقه ولو صالح على أكثر من حقه قدراً أو وصفاً أو قدراً لا وصفاً لايجوز لانه ربا وان صالح على أكثر منه وصفاً لا قدرا بان صالح من كر ردىء على كر جيد جاز ويعتبر معاوضة احترازا عن الافتراق عن دين بدين ولو صالح منه على كر مؤجل جاز لانه حط حقه فى الحلول ورضى بدون حقه كما فى الدراهم والدنانير هذا اذا كان أكثر الدين حالا فان كان مؤجلا فصالح على بعض حقه أو على تمام حقه فهو على التفصيل الذى ذكرنا فى الصلح من الالف المؤجلة من غير تفاوت هذا اذا صالح من الكر على جنسه فان صالح على خلاف جنس حقه فان كان الكر الذى عليه سلما لايجوز بحال لان الصلح على خلاف جنس المسلم فيه يكون معاوضة وفيه استبدال المسلم فيه قبل قبضه الا أن يكون الصلح منه على رأس المال يجوز لان الصلح من المسلم فيه على رأس المال يكون اقالة للسلم وفسخاً له وذلك جائز وان لم يكن سلما فصالح على خلاف جنس حقه فان كان ذلك من الدراهم والدنانير جاز ويشترط القبض وان كان معيناً مشاراً اليه لانها لا تتعين بالتعيين فكان ترك قبضه افتراقا عن دين بدين وان كان ذلك من المكيلات

وهو عين جاز ولا يشترط القبض وان كان موصوفا فى الذمة جاز أيضا فرق بين هذا و بين ما اذا كان عليه دراهم أو دنانير فصالح منها على مكيل أو موزون موصوف فى الذمة انه لا يجوز لان ذلك مبيع ألا ترى انه قوبل بالاثمان والمبيع ما يقابل بالثمن وهذا لا يقابل بالثمن فلا يكون مبيعاً الا انه لا بد من القبض فى المجلس احترازا من الافتراق عن دين بدين وان كان من العروض والحيوان فان كان عيناً جاز وان كان ديناً يجوز فى الثياب الموصوفة اذا أتى بشرائط السلم لكن القبض فى المجلس شرط احترازا عن الافتراق عن دين بدين ولا يجوز فى الحيوان الموصوف بحال لانه لا يثبت ديناً فى الذمة بدلا عما هو مال وكذلك اذا كان المدعى موزونا دينا موصوفا فى الذمة فصالح منه على جنسه أو على خلاف جنسه الى آخر ما ذكرنا فى المكيل الموصوف هذا اذا كان المدعى مكيلا أو موزونا دينا موصوفا فى الذمة فان كان ثوب السلم فصالح منه فهذا لا يخلو من أحد وجهين (اما) ان صالح منه على جنسه واما ان صالح منه على خلاف جنسه فان صالح على جنسه فهو على ثلاثة أوجه (اما) ان صالح على مثل حقه أو أكثر منه أو أقل فان صالح على مثل حقه قدرا ووصفا فان صالح من ثوب هروى جيد على ثوب هروى جيد جاز ولا يشترط القبض لانه استوفى عين حقه وكذلك ان صالح على أقل من حقه قدرا ووصفا أو وصفا لا قدرا يجوز و يكون هذا استيفاء لبعض عين حقه وحطاً للباقى وابراء عنه أصلا ووصفا والابراء عن المسلم فيه صحيح لان قبضه ليس بواجب وان صالح على أقل من حقه قدرا لا وصفا بان صالح من ثوب ردىء على نصف ثوب جيد جاز بخلاف الدراهم والدنانير والمكيل والموزون الموصوفين بان صالح من ألف نبهرجة على خمسمائة جياد أو صالح من كر ردىء على نصف كر جيد أو صالح من من حديد ردىء على نصف من جيد انه لا يجوز والفرق ان المانع من الجواز هو الاعتياض عن الجودة هنا جائز لان الجودة فى غير الاموال الربوية عند مقابلتها بجنسها لها قيمة بخلاف الاموال الربوية وهذا لان الاصل أن تكون الجودة متقومة فى الاموال كلها لانها صفة مرغوبة يبذل العوض فى مقابلتها الا ان الشرع أسقط اعتبارها فى الاموال الربوية تعبدا بقوله جيدها ورديئها سواء فبقيت متقومة فى غيرها على الاصل فيصح الاعتياض عنها وان صالح على أكثر من حقه قدرا ووصفا بان صالح من ثوب هروى جيد على ثوبين هرويين جيدين يجوز لكن يشترط القبض لان جوازه بطريق المعاوضة والجنس بانفراده يحرم النساء فلا بد من القبض لئلا يؤدى الى الربا وكذلك ان صالح على أكثر من حقه قدرا لا وصفا بان صالح عن ثوب هروى جيد على ثوبين هرويين رديئين جاز والقبض شرط لما ذكرنا ولو صالح على أكثر من حقه وصفا لا قدرا بأن صالح من ثوب ردىء على ثوب جيد جاز لانه معاوضة اذ لا يمكن حمله على استيفاء عين الحق لان الزيادة غير مستحقة له فيحمل على المعاوضة ويشترط القبض لئلا يؤدى الى الربا وان صالح على خلاف جنس حقه كائنا ما كان لا يجوز دينا كان أو عينا لان فيه استبدال المسلم فيه قبل القبض وانه لا يجوز الا على رأس مال السلم لان الصلح عليه يكون اقالة وفسخا لا استبدالا وان كان المدعى حيوانا موصوفا فى الذمة فى قتل الخطأ أو شبه العمد فصالح فنقول الجملة فيه ان هذا فى الاصل لا يخلو من وجهين (اما) ان صالح على ما هو مفروض فى باب الدية فى الجملة (واما) ان صالح على ما ليس بمفروض فى الباب أصلا وكل ذلك لا يخلو اما ان صالح قبل تعيين القاضى نوعا من الانواع المفروضة أو بعد تعيينه نوعا منها فان صالح على المفروض قبل تعيين القاضى بان صالح على عشرة آلاف درهم أو على ألف دينار أو على مائة من الابل أو على مائة بقرة أو على ألفى شاة أو على مائتى حلة جاز الصلح وهو فى الحقيقة تعيين منها للواجب من أحد الانواع المفروضة بمنزلة تعيين القاضى فيجوز و يكون استيفاء لعين حقه الواجب عند اختياره ذلك فعلا برضا القاتل وكذا اذا صالح على أقل من المفروض يكون استيفاء لبعض عين الحق وابراء عن الباقى وان صالح على أكثر من المفروض لا يجوز لانه ربا ولو صالح بعد ما عين القاضى نوعا منها فان صالح على جنس حقه المعين جاز اذا كان مثله أو أقل منه وان كان أكثر لا يجوز لانه ربا وان صالح على خلاف الجنس المعين فان كان من جنس المفروض فى الجملة بان عين القاضى مائة من الابل فصالح على مائة من البقر أو أكثر

جاز وتكون معاوضة لان الابل تعينت واجبة بتعيين القاضى فلم يبق غيره واجبا فكانت البقر بدلا عن الواجب فى الذمة فكانت معاوضة ولا بد من القبض احترازا عن الافتراق عن دين بدين وكذلك اذا كان من خلاف جنس المفروض بأن صالح على مكيل أوموزون سوى الدراهم والدنانير جاز ويكون معاوضة ويشترط التقابض لما قلنا ولو صالح على قيمة الابل أو أكثر مما يتغابن الناس فيه جاز لان قيمة الابل دراهم ودنانير وانها ليست من جنس الابل فكان الصلح عليها معاوضة فيجوز قل أو كثر ولا يشترط القبض وكذلك اذا صالح من الابل على دراهم فى الذمة وافترقا من غير قبض جاز وان كان هذا افتراقاً عن دين بدين لان هذا المعنى ليس بمعاوضة بل هو استيفاء عين حقه لان الحيوان الواجب فى الذمة وان كان ديناً لكنه ليس بدين لازم الا ترى ان من عليه اذا جاء بقيمته يجبر من له على القبول بخلاف سائر الديون فلا يكون افتراقاً عن دين بدين حقيقة هذا اذا قضى القاضى عليه بالابل فان قضى عليه بالدراهم والدنانير فصالح من مكيل أوموزون سوى الدراهم والدنانير أو بقر ليس عنده لا يجوز لان ما يقابل هذه الاشياء دراهم أودنانير وانها أثمان فتتعين هذه مبيعة وبيع المبيع الذى ليس بعين لا يجوز الا بطريق السلم هذا اذا صالح على المفروض فى باب الدية فاما اذا صالح على ماليس بمفروض أصلا كالمكيل والموزون سوى الدراهم والدنانير ونحو ذلك مما لا يدخل له فى الفرض قبل تعيين القاضى جاز وان كانت قيمته أكثر من المفروض لكن القبض فى المجلس شرط لانه معاوضة فيجوز ولا بد من القبض لما قلنا وان كان بعد تعيين القاضى فهو على ما ذكرنا من التفصيل وكذلك حكم الصلح عن انكار المدعى عليه وسكوته بحكم الصلح عن اقراره فى جميع ما وصفنا هذا الذى ذكرنا اذا كان بدل الصلح مالا عيناً أو ديناً فاما اذا كان منفعة بأن صالح على خدمة عبد بعينه او ركوب دابة بعينها أو على زراعة أرض أوسكنى دار وقتاً معلوماً جاز الصلح ويكون فى معنى الاجارة سواء كان الصلح عن اقرار المدعى عليه أوعن انكاره أوعن سكوته لان الاجارة تمليك المنفعة بعوض وقد وجد اما فى موضع الاقرار فظاهر لان بدل الصلح عوض عن المدعى وكذا فى موضع الانكار فى جانب المدعى وفى جانب المدعى عليه هو عوض عن الخصومة واليمين وكذا فى السكوت لان الساكت منكر حكما سواء كان المدعى عيناً أو ديناً لكن تمليك المنفعة قد يكون بالعين وقد يكون بالدين كما فى سائر الاجارات وان كان المدعى منفعة فان كانت المنفعتان من جنسين مختلفين كما اذا صالح من سكنى دار على خدمة عبد يجوز بالاجماع وان كانتا من جنس واحد لا يجوز عندنا وأصل المسئلة فى كتاب الاجارات واذا اعتبر الصلح على المنافع اجارة يصح بما تصح به الاجارات ويفسد بما تفسد به ولصاحب العبد أن يعتقه لان صحة الاعتاق يقف على قيام ملك الرقبة وانه قائم فأشبه اعتاق المستأجر والمرهون وليس له أن يبيعه لان جواز البيع بعد ملك اليد ولم يوجد فلا يجوز بيعه كالعبد المستأجر والمرهون وله أن يؤاجره من غيره لان منفعته صارت مملوكة له بالصلح فان شاء استوفاه بنفسه وان شاء ملكها من غيره كالعبد المستأجر وله أن يؤاجره من المدعى عليه فى مدة الصلح عند أبى يوسف ولا يبطل الصلح كالو آجره من غيره وعند محمد لا يجوز ويبطل الصلح كالو آجره من المؤاجر فى مدة الاجارة وانه لا يجوز بالاجماع وتبطل الاجارة الاولى ولا يجب على المستأجر شىء من الاجرة كذا هذا وله أن يسافر به وذكر فى الاجارة ان من استأجر عبدا للخدمة لم يكن له أن يسافر به للتفاوت بين خدمتى السفر والحضر والفرق ان المسافرة بالعبد المستأجر للخدمة الحاق الضرر بالآجر لان مؤنة الرد فى باب الاجارة عليه وربما يلزمه برده مؤنة تزيد على الاجرة فيتضرر به فلم يملك المسافرة به دفعا للضرر عنه وهذا المعنى ههنا منعدم لان مؤنة الرد لا تلزم صاحب العبد فأشبه العبد الموصى بخدمته والعبد المرهون وهما يملكان المسافرة به كذا هذا ولو ادعى على رجل دارا فى يده فانكر المدعى عليه فصالحه على أن يسكن المدعى عليه الذى فى يده الدار سنة ثم يدفعها الى المدعى جاز لان المدعى متصرف فى ملك نفسه ببدل المنفعة للمدعى عليه فى زعمه سنة والمدعى عليه متصرف فى ملك نفسه باستيفاء المنفعة لنفسه فى المدة المشروطة فكان كل واحد منهما متصرفا فى ملك نفسه فى زعمه فيجوز ومنها أن يكون متقوما فلا يصح

الصلح على الخمر والخنزير من المسلم لانه ليس بمال متقوم فى حقه وكذا اذا صالح على دن من خل فاذا هو خمر لم يصح لانه تبين انه لم يصادف محله ومنها أن يكون مملوكا للمصالح حتى انه اذا صالح على مال ثم استحق من يد المدعى لم يصح الصلح لانه تبين انه ليس مملوكا للمصالح فتبين ان الصلح لم يصح ومنها أن يكون معلوما لان جهالة البدل تؤدى الى المنازعة فتوجب فساد العقد الا اذا كان شيأ لا يفتقر الى القبض والتسليم كما اذا ادعى رجلان كل واحد منهما على صاحبه حقا ثم تصالحا على ان جعل كل واحد منهما ما ادعاه على صاحبه صلحا مما ادعاه عليه صاحبه يصح الصلح وان كان مجهولا لان جهالة البدل لا تمنع جواز العقد لعينها بل لافضائها الى المنازعة المانعة من التسليم والتسلم فاذا كان مالا يستغنى عن التسليم والتسلم لا يفضى الى المنازعة فلا يمنع الجواز الا أن الصلح من القصاص فى النفس ومادونه تتحمل الجهالة القليلة فى البدل كما تتحمل فى المهر فى باب النكاح والخلع والاعتاق على مال والكتابة لما علم ولو صالح على مسيل أو شرب من نهر لا حق له فى رقبته أو على أن يحمل كذا وكذا جذعا على هذا الحائط وعلى أن يسيل ميزابه فى داره أياما معلومة لا يجوز لان ما وقع عليه الصلح فى هذه المواضع مفتقر الى القبض والتسليم فلم تكن جهالته محتملة لهذا لا يجوز بيعها فلا يصح الصلح عليها والاصل ان كل ما يجوز بيعه وشراؤه يجوز الصلح عليه ومالا فلا

﴿ فصل ﴾ وأما الذى يرجع الى المصالح عنه فأنواع أحدها أن يكون حق العبد لا حق الله عز وجل سواء كان مالا عينا أو دينا أو حقا ليس بمال عين ولا دين حتى لا يصح الصلح من حد الزنا والسرقة وشرب الخمر بأن أخذ زانيا أو سارقا من غيره أو شارب خمر فصالحه على مال أن لا يرفعه الى ولى الامر لانه حق الله تعالى جل شأنه ولا يجوز الصلح من حقوق الله تعالى عز شأنه لان المصالح بالصلح متصرف فى حق نفسه اما باستيفاء كل حقه أو باستيفاء البعض واسقاط الباقى أو بالمعاوضة وكل ذلك لا يجوز فى غير حقه وكذا اذا صالح من حد القذف بأن قذف رجلا فصالحه على مال على أن يعفو عنه لانه وان كان للعبد فيه حق فالمغلب فيه حق الله تعالى والمغلوب ملحق بالعدم شرعا فكان فى حكم الحقوق المتمحضة حقا لله تعالى عز وجل وانها لا تحتمل الصلح كذا هذا وكذلك لو صالح شاهدا يريد أن يشهد عليه على مال على أن لا يشهد عليه فهو باطل لان الشاهد فى اقامة الشهادة محتسب حقا لله تعالى عز شأنه قال الله سبحانه وتعالى وأقيموا الشهادة لله والصلح عن حقوق الله عز وجل باطل و يجب عليه رد ما أخذ لانه أخذه بغير حق ولو علم القاضى به أبطل شهادته لانه فسق الا أن يحدث توبة فتقبل و يجوز الصلح عن التعزير لانه حق العبد وكذا يصح عن القصاص فى النفس ومادونه لان القصاص من حق العبد سواء كان البدل عينا أو دينا الا اذا كان دينا يشترط القبض فى المجلس احترازا عن الافتراق عن دين بدين وسواء كان معلوما أو مجهولا جهالة غير متفاحشة حتى لو صالح من القصاص على عبد أو ثوب هروى جاز لان الجهالة قلت ببيان النوع لان مطلق العبد يقع على عبد وسط ومطلق الثوب الهروى يقع على الوسط منه فتقل الجهالة فيصح الصلح وله الخيار ان شاء أعطى الوسط من ذلك وان شاء أعطى قيمته كما فى النكاح فاما اذا صالح على ثوب أو دابة أو دار لا يجوز لان الثياب والدواب أجناس تحتها أنواع مختلفة وجهالة النوع متفاحشة فتمنع الجواز وكذا جهالة الدور لاختلاف الاماكن ملحقة بجهالة الثوب والدابة فتمنع الجواز كما فى باب النكاح والاصل ان كل جهالة تمنع صحة التسمية فى باب النكاح تمنع صحة الصلح من القصاص ومالا فلا لان ما وقع عليه الصلح والمهر كل واحد منهما يجب بدلا عما ليس بمال والجهالة لا تمنع من الصحة لعينها الا ترى ان الشرع ورد بمهر المثل فى باب النكاح مع أنه مجهول القدر وانما يمنع منها لافضائها الى المنازعة ومبنى النكاح والصلح من القصاص على المسامحة كالانسان يسامح بنفسه مالا يسامح بماله عادة فلا يكون القليل من الجهالة مفضيا الى المنازعة فلا يمنع من الجواز بخلاف باب البيع لان مبناه على المماكسة والمضايقة لكونه معاوضة مال بمال والانسان يضايق بماله مالا يضايق بنفسه فهو الفرق والله عز وجل الموفق واذا لم يصح الصلح لتفاحش جهالة البدل يسقط القصاص وتجب الدية وفى النكاح

يجب

يجب مهر المثل الا أن بينهما فرقا من وجه فانه لو صالح عن القصاص على خمر أو خنزير لا يصح ولا يجب شئ آخر ولو تزوج امرأة على خمر أو خنزير لا تصح التسمية ويجب مهر المثل (وجه) الفرق ان الخمر اذا لم تصلح بدل الصلح بطلت تسميته وجعل لفظة الصلح كناية عن العفو وذلك جائز لان العفو الفضل وفى الصلح معنى الفضل فأمكن جعله كناية عنه وبعد العفو لا يجب شئ آخر فأما لفظ النكاح فلا يحتمل العفو ولو احتمله فالعفو عن حق الغير لا يصح فيبقى النكاح من غير تسمية فيجب مهر المثل كما اذا سكت عن المهر أصلا فهو الفرق وسواء كان البدل قدر الدية أو اقل أو اكثر لقوله تعالى فمن عفى له من أخيه شئ فاتباع بالمعروف واداء اليه باحسان قوله عز وجل فمن عفى له أى أعطى له كذا روى عن عبد الله بن عباس رضى الله عنهما وقوله عز شأنه فاتباع بالمعروف أى فليتبع مصدر بمعنى الامر فقد أمر الله تبارك وتعالى الولى بالاتباع بالمعروف اذا أعطى له شئ واسم الشئ يتناول القليل والكثير فدلت الآية على جواز الصلح من القصاص على القليل والكثير وهذا بخلاف القتل الخطأ وشبه العمد انه اذا صالح على أكثر من الدية لا يجوز والفرق ان بدل الصلح فى باب الخطأ وشبه العمد عوض عن الدية وانها مقدرة بمقدار معلوم لا تزيد عليه فالزيادة على المقدر تكون ربا فاما بدل الصلح عن القصاص فعوض عن القصاص والقصاص ليس من جنس المال حتى يكون البدل عنه زيادة على المال المقدر فلا يتحقق الربا فهو الفرق وأما كون المصالح عنه معلوما فليس بشرط لجواز الصلح حتى ان من ادعى على آخر حقا فى عين فأقر به المدعى عليه أو أنكر فصالح على مال معلوم جاز لان الصلح كما يصح بطريق المعاوضة يصح بطريق الاسقاط ولا يمكن تصحيحه هنا بطريق المعاوضة لجهالة أحد البدلين فيصحح بطريق الاسقاط فلا يؤدى الى المنازعة المانعة من التسليم والتسلم والقبض لان الساقط لا يحتمل ذلك وقدمر ان الجهالة فيما لا يحتمل التسليم والقبض لا تمنع جواز الصلح والثانى ان يكون حق المصالح والثالث ان يكون حقا ثابتا له فى المحل فما لا يكون حقا له أو لا يكون حقا ثابتا له فى المحل لا يجوز الصلح عنه حتى لو أن امرأة طلقها زوجها ادعت عليه صبيا فى يده انه ابنه منها وجحد الرجل فصالحت عن النسب على شئ فالصلح باطل لان النسب حق الصبى لا حقها فلا تملك الاعتياض عن حق غيرها ولان الصلح اما اسقاط أو معاوضة والنسب لا يحتملهما ولو صالح الشفيع من الشفعة التى وجبت له على شئ على أن يسلم الدار للمشترى فالصلح باطل لانه لا حق للشفيع فى المحل انما الثابت له حق التملك وهو ليس لمعنى فى المحل بل هو عبارة عن الولاية وانها صفة الوالى فلا يحتمل الصلح عنه بخلاف الصلح عن القصاص لان هناك المحل يصير مملوكا فى حق الاستيفاء فكان الحق ثابتا فى المحل فملك الاعتياض عنه بالصلح فهو الفرق وكذلك الكفيل بالنفس اذا صالح على مال على ان يبرئه من الكفالة فالصلح باطل لان الثابت للطالب قبل الكفيل بالنفس حق المطالبة بتسليم نفس المكفول بنفسه وذلك عبارة عن ولاية المطالبة وانها صفة الوالى فلا يجوز الصلح عنها فأشبه الشفعة وهل تبطل الكفالة فيه روايتان فى رواية لا تبطل لانه ما رضى بسقوط حقه الا بعوض ولم يسلم له فلا يسقط حقه وفى رواية يسقط لان الابراء لا تقف صحته على العوض فيصح وان لم يسلم العوض فاذا صح انه اسقاط فالساقط لا يحتمل العود وعلى هذا اذا كان لرجل ظلة على طريق أو كنيف شارعة أو ميزابه فخاصمه رجل وأراد أن يطرحه فصالحه على مال فهذا لا يخلو من وجهين اما أن يكون الطريق نافذا واما أن لا يكون نافذا فاذا كان نافذا فخاصمه رجل من المسلمين وأراد طرحه فصالحه على مال فالصلح باطل لان رقبة الطريق النافذ لا تكون ملكا لاحد من المسلمين وانما لهم حق المرور وانه ليس بحق ثابت فى رقبة الطريق بل هو عبارة عن ولاية المرور وانه صفة المار فلا يجوز الصلح عنه مع ما نه لا فائدة فى هذا الصلح لانه ان سقط حق هذا الواحد بالصلح فللباقين حق القلع وكذا لو صالح الثانى مع هذا المتقدم اليه على مال يأخذ من المتقدم اليه الطرح فالصلح باطل لان الطرح واجب عليه فأخذ المال عليه يكون رشوة هذا اذا كان الطريق نافذا فأما اذا لم يكن نافذا فصالحه رجل من أهل الطريق على مال للترك فالصلح جائز لان رقبة الطريق هنا مملوكة لاهل السكة فكان لكل واحد منهم فيها

ملكا فجاز الصلح عنه وكذا المساقط حق كل واحد منهم والصلح مفيد لاحتمال تخصيص رضا الباقين ولا يحتمل ذلك
في الوجه الاول لانهم لا يحصون وكذا لو صالح الثاني مع واحد منهم على مال ليترك جاز ويطيب له المال لان رقبة
الطريق مملوكة لهم على الشركة فكان لكل واحد منهم فيه نصيب فكان الصلح اعتياضا عن ملكه فصح فاما في
طريق المسلمين فلا ملك لاحد فيه ولا حق ثابت في الحال فلم يكن الصلح اعتياضا عن ملك ولا حق ثابت في الحال
فبطل وذكر الخصاف أن جواز الصلح في طريق غير نافذ محمول على ما اذا بنى على الطريق فاما اذا شرع الى الهواء
فلا يجوز لانه اعتياض عن الهواء ولو ادعى على رجل مالا فأنكر المدعى عليه ولا بينة للمدعي فطلب منه اليمين
فصالح عن اليمين على أن لا يستحلفه جاز الصلح وبرئ من اليمين وكذا اذا قال المدعى عليه صالحتك من اليمين التي
وجبت لك علي أو قال افتديت منك يمينك بكذا وكذا صح الصلح لان هذا صلح عن حق ثابت للمدعي لان اليمين
حق المدعي قبل المدعى عليه قال عليه الصلاة والسلام في قصة الحضرمي والكندي ألك بينة فقال لا قال لك يمينه
جعل اليمين حق المدعي فكان هذا صلحا عن حق ثابت شرعا للمدعي وكذا المال في المدعي ثابت في زعمه فكان
الصلح عن حق ثابت في حقه وفي حق المدعى عليه هو بذل المال لاسقاط الخصومة والافتداء عن اليمين ولو قال
المدعى عليه اشتريت منك اليمين على كذا أو قال المدعي بعت منك اليمين على كذا لا يصح فقد خالف الصلح البيع حيث
جاز بلفظ الصلح والافتداء ولم يجز بلفظ البيع والشراء ولو ادعى على رجل انه عبده فأنكر فصالحه على مال جاز
لان هذا صلح عن حق ثابت في حق المدعي لان الرق ثابت في حقه فكان الصلح في حقه اعتاقا على مال فيصح الا أن
الولاء لا يكون له لانكار المدعى عليه الرق فان أقام المدعي بعد ذلك بينة لا تقبل الا في حق اثبات الولاء وكذا لو
صالحه على حيوان في الذمة الى أجل كان جائزا لان الرق ثابت في حق المدعي فكان بدل الصلح بدلا عن الرق في
حقه فأشبه بدل الكتابة فيجوز على حيوان في الذمة ولو ادعى رجل على امرأة نكاحا فجحدت فصالحته على مال
بذلته حتى يترك الدعوى جاز لان النكاح حق ثابت في حق المدعي فكان الصلح عن حق ثابت فكان في معنى
الخلع اذ هو أخذ المال بالبضع وقد وجد فكان جائزا وفي حقها بذل المال لاسقاط الخصومة فيجوز أيضا
ولو ادعت امرأة على رجل نكاحا فجحد الرجل فصالحها على مال بذله لها لا يجوز لانه لا يخلو اما أن كان النكاح
ثابتا أو لم يكن ثابتا فان لم يكن ثابتا كان دفع المال من الرجل في معنى الرشوة وان كان ثابتا لم يرتفع بالصلح
لان العوض في الفرقة تعطيه المرأة لا الزوج فلا يكون هذا الذي أخذته المرأة عوضا عن شيء فلا يجوز ولو ادعى على
انسان مائة درهم فأنكر المدعى عليه فتصالحا على أنه ان حلف المدعى عليه فهو برئ فحلف لا يبرأ
حتى لو أقام بينة أخذه بها لان قوله على أنه ان حلف المدعى عليه فهو برئ تعليق البراءة بالشرط والبراءة لا تحتمل التعليق لان في
الابراء معنى التمليك والاصل في التمليكات ان لا تحتمل التعليق بالشرط ولان هذه اليمين لا تخلو اما ان كانت على
وجهين ان كان ذلك الحلف عند غير القاضي فله أن يستحلفه عند القاضي مرة أخرى لان تلك اليمين غير معتد بها لانها
غير واجبة ولا تنقطع بها الخصومة فلم يكن معتدا بها وان كان عند القاضي لم يستحلفه ثانيا لان الحلف عند القاضي
معتد به فقد استوفى المدعي حقه مرة فلا يجب له ثانيا ولو تصالحا على أن يحلف المدعي فان حلف فالمال
واجب على المدعى عليه فهو باطل لان هذا تعليق وجوب المال بالشرط والتعليق لا يجوز ولو أودع رجلا وديعة
ثم طلبها منه فقال المودع هلكت أو قال رددتها وكذبه المودع وقال استهلكتها فتصالحا على شيء فالصلح باطل عند
أبي يوسف وعند محمد صحيح (وجه) قول محمد ان هذا صلح وقع عن دعوى صحيحة لتعين منه وجودها فيصح كما في
سائر المواضع (وجه) قول أبي يوسف ان المدعي متناقض في هذه الدعوى لان المودع أمين والقول قول الامين
قول المؤتمن فكان اخباره بالرد والهلاك اقرارا من المودع فكان متناقضا في الدعوى لاستهلاكه والتناقض يمنع صحة
الدعوى الا أنه يستحلف لكن لا لدفع الدعوى لانها مندفعة ببطلانها للتناقض وقد انفسخ الدعوى لا تصح

تصح

الصلح ولو ادعى المودع الاستهلاك وقال المودع انها هلكت أو رددتها فصالحه على شئ جاز لان دعوى الاستهلاك تبعتها اليمين متوجهة عليه فيصح الصلح ولو طالب المودع الوديعة فجحدها المودع وقال ما أودعني شيأ ثم قال هلكت أو رددتها وقال المودع بل استهلكتها فتصالحا جاز لان المالك يدعى عليه ضمان الغصب بالجحود إذ هو سبب وجوب الضمان ولكن جواب هذه المسئلة في الوديعة فهو الجواب في العارية والمضاربة لان كل ذلك أمانة ولو اشترى من رجل عبدا فظهر فيه عيب وخاصمه فيه فصالحه على شئ أو حط من ثمنه شيأ فان كان العبد مما يجوز رده على البائع والمطالبة بارش العيب دون الرد فالصلح جائز لان الصلح عن العيب صلح عن حق ثابت في المحل وهو صفة سلامة المبيع عن العيب وانه من قبيل الاموال فكان عن العيب معاوضة مال بمال فصح وكذا الصلح عن الارش معروف قدره مال لاشك فيه ولو كان المبيع بحال لا يملك رده على البائع ولا المطالبة بارشه بأن باع العبد فالصلح باطل لان حق الدعوى والخصومة فيه مثل المبيع قد بطل بالبيع فلا يجوز الصلح ولو صالح من العيب ثم زال العيب بأن كان بياضا في عين العبد فانجلى بطل الصلح ويرد ما أخذ لان العوض وهو صفة السلامة قد عادت فيعود العوض فيبطل الصلح ولو طلب المشترى بعيب فصالحه البائع على أن برئ من ذلك العيب ومن كل عيب فهو جائز لان الابراء عن العيب ابراء عن صفة السلامة وانها حق المشترى مستحقة على البائع فيصح الصلح عنها والابراء عن كل عيب وان كان ابراء عن العيوب لكن جهالة المصالح عنه لا تمنع صحة الصلح فلا تمنع صحة الابراء للفقه الذى مر ثم ان الجهالة انما تمنع لافضائها الى المنازعة المانعة من التسليم والقبض والذى وقع الصلح والابراء عنه لا يفتقر الى التسليم والقبض فلا تضر الجهالة وكذلك لو طعن المشترى بعيب فصالحه البائع من كل عيب على شئ فهو جائز لان له ان يطعن بعيب في حق الخصومة فيصالحه كلا طال هذا الحق ولو خاصمه في ضرب من العيوب نحو الشجة والقروح فصالحه على ذلك ثم ظهر عيب غيره كان له ان يخاصمه فيه لان الصلح وقع عن نوع خاص فكان له حق الخصومة في غيره ولو اشترى شيأ من امرأة فظهر به عيب فصالحته على أن تزوجه فهو جائز وهذا اقرار منها بالعيب فان كان مبلغ أرش العيب عشرة فذاك مهرها وان كان أقل من ذلك يكمل لها عشرة دراهم لان ارش العيب مال صار مهرا والنكاح معاوضة فيصح المهر فاذا كان كذلك فقد أقرت بالعيب وكذلك لو اشترى شيأ بارش عيب كان اقرارا بالعيب لان الشراء معاوضة فلا تنعقد عليه بدون اقرار بالعيب بخلاف الصلح حيث لا يكون اقرارا بالعيب لان الصلح مرة يصح معاوضة ومرة يصح اسقاطا فلا يصلح دليلا على الاقرار بالشك والاحتمال ولو اشترى رجلان كل واحد منهما عبدا بصفقة ثم وجد أحدهما عيبا فصالحه على أن يرده بالعيب على أن يزيد في ثمن الآخر فالرد جائز والزيادة الرجوع في قول أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف لا يجوز شئ من ذلك (وجه) قوله ان الرد بالعيب فسخ والفسخ بيع جديد في حق الاقالة والبيع يبطله الشروط الفاسدة (وجه) قولهما ان هذا تعليق الزيادة في الثمن بالشرط والشرط لان الزيادة تلحق بأصل العقد وأصل الثمن لا يحتمل التعليق بالشرط لانه في معنى القمار فكذا الزيادة فيه فاما الرد فسخ والفسخ لا يحتمل الشرط فجاز ولو ادعى على امرأة نكاحا فجحدت فصالحها على مائة درهم على أن تقر له بالنكاح فأقرت فهو جائز وتجعل المائة من الزوج زيادة في مهرها لان اقرارها بالنكاح محمول على الصحة ولو ادعى على انسان ألفا وأنكر المدعى فصالحه على مائة درهم على أن يقر له بالالف فهو باطل لان المدعى لا يخلو اما ان يكون صادقا في دعواه الالف واما أن يكون كاذبا فيها فان كان صادقا فيها فالالف واجبة على المدعى عليه ويكون أخذ العوض عليه في معنى الرشوة وانه حرام وان كان كاذبا في دعواه فاقرار المدعى عليه بالالف الباطل لا يكون الاقرار ولو قال لامرأة أعطيتك مائة درهم على أن تكونى امرأتى ففعلت ذلك فهو جائز اذا كان بحضرة من الشهود ويجعل كذلك ابتداء النكاح وكذا لو قال تزوجتك أمس على ألف درهم فجحدت فقال أعطيتك مائة على أن تقرى لى بالنكاح فأقرت جاز وهذا ألف ومائة ويحمل اقرارها على الصحة والله عز وجل

أعلم هذا الذى ذكرنا اذا كان الصلح بين المدعى والمدعى عليه (وأما) اذا كان بين المدعى والاجنبي المتوسط أو المتبرع فلا يخلو اما ان كان ذلك بأمر المدعى عليه أو بغير أمره فان كان بأمره يصح لانه وكيل عنه والصلح مما يحتمل التوكيل به وان كان بغير أمره فهو صلح الفضولى وانه على خمسة أوجه أحدها أن يضيف الضمان الى نفسه بأن يقول للمدعى صالحتك أو أصالحك من دعواك هذه على فلان على ألف درهم على انى ضامن لك الالف أو على أن على الالف والثانى أن يضيف المال الى نفسه بأن يقول على الفى هذه أو على عبدى هذا والثالث ان يعين البدل وان كان لا ينسبه الى نفسه بأن يقول على هذه الالف أو على هذا العبد والرابع أن يسلم البدل وان لم يعين ولم ينسب بأن قال صالحتك على ألف وسلمها اليه والخامس ان لا يفعل شيأ من ذلك بأن يقول صالحتك على الف درهم أو على عبد وسط ولم يزد عليه ففى الوجوه الاربعة يصح الصلح لقوله تعالى انما المؤمنون اخوة فأصلحوا بين أخويكم وهذا خاص فى صلح المتوسط وقوله عز شأنه والصلح خير وهذا عام فى جميع أنواع الصلح لدخول الالف واللام على الصلح وانهما لاستغراق الجنس ولانه بالصلح فى هذه الوجوه متصرف على نفسه بالتبرع باسقاط الدين على الغير بالقضاء من مال نفسه ان كان الصلح عن اقرار وان كان عن انكار باسقاط الخصومة فيصح تبرعه كما اذا تبرع بقضاء دين غيره من مال نفسه ابتداء ومتى صح صلحه يجب عليه تسليم البدل فى الوجوه الثلاثة وليس له أن يرجع على المدعى عليه لان التبرع بقضاء الدين لا يطلق الرجوع على ما نذكره فى فصل الحكم ان شاء الله تعالى (وأما) فى الوجه الخامس فموقوف على اجازة المدعى عليه لان عند انعدام الضمان والنسبة وتعيين البدل والتمكين لا يمكن حمله على التبرع بقضاء دين غيره من مال نفسه فلا يكون متصرفا على نفسه بل على المدعى عليه فيقف على اجازته فان أجاز نفذ ويجب البدل عليه دون المصالح لان الاجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة ولو كان وكيلا من الابتداء لنفذ تصرفه على موكله فكذلك اذا التحق التوكيل بالاجازة وان رده بطل لان التصرف على الانسان لا يصح من غير اذنه واجازته ثم انما يصح صلح الفضولى اذا كان حرا بالغا فلا يصح صلح العبد المأذون والصبى لانهما ليسا من أهل التبرع وكذا الخلع من الاجنبي على هذه الفصول التى ذكرنا بأن كان باذن الزوج أو المرأة يصير وكيلا ويجب المال على المرأة دون الوكيل وان كان بغير اذنهما فهو على الفصول التى ذكرنا فى الصلح وكذلك الزيادة فى الثمن من الاجنبي على هذا التفصيل ان كان باذن المشترى يكون وكيلا ويجب على المشترى وإن كان بغير اذنه فعلى ماذكرنا من الفصول وكذلك العفو والصلح عن دم العمد من الاجنبي على هذه الفصول ثم لا يخلو اما ان صالح على المفروض أو على غير المفروض بمقدار المفروض أو بأكثر منه قبل تعيين القاضى أو بعده على ما تقدم والاصل فيه أنه يجوز من صلح الاجنبي ما يجوز من صلح القاتل ومالا فلا وبيان ذلك انه اذا صالح الفضولى على خمسة عشر ألفا أو على ألفى دينار وضمن قبل تعيين القاضى الواجب على العاقلة جاز الصلح على عشرة آلاف درهم وعلى ألف دينار وتبطل الزيادة لما ذكرنا ان الفضولى بالصلح فى مثل هذا الموضع متبرع بقضاء دين على المتبرع عليه وليس عليه الا هذا القدر فلا يصح تبرعه عليه بالزيادة كمن كان له على آخر الف درهم دين فقضى عنه الفين بغير أمره له أن يسترد الزيادة هذا اذا صالح على المفروض فان صالح على جنس آخر جاز لان المانع من الجواز هو الربا ولا يجرى فى مختلف الجنس وكذلك لو صالح على مائتى بعير بعينها أو بغير عينها جاز صلحه على المائة لما أن القاتل لو فعل ذلك بنفسه لما جاز الا على المائة فكذا الفضولى لما ذكرنا ثم ان كانت بغير أعيانها فالواجب عليه مائة من الابل على الاسنان الواجبة فى باب الدية لان مطلق الابل فى هذا الباب ينصرف الى الواجب وان كانت بأعيانها فالواجب مائة منها والخيار الى الطالب لان الرضا بالكل يكون رضا بالبعض فان كان فى اسنان الابل نقصان عن اسنان الابل الواجبة فى باب الدية فللطالب أن يرد الصلح لان صلح الطالب على الزيادة على المفروض محمول على ان غرضه انه لو ظهر نقصان فى السن لا يجبر بزيادة العدد فاذا لم تحصل له الزيادة لم يحصل غرضه فيختل رضاه بالنقصان فأوجب حق النقص ولو صالح على مائة على

اسنان

اسنان الدية وضمنها فهو جائز ولا خيار للطالب لان الصلح على مائة على اسنان الدية استيفاء عين الحق وان كان القاضى عين الواجب فقضى عليه بالدراهم فصالح المتوسط على الفى دينار جاز ولا بد من القبض فى المجلس كما لو فعله القاتل بنفسه لانه صرف فيراعى له شرائطه والله تعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ (وأما) بيان حكم الصلح فنقول و بالله التوفيق ان للصلح أحكاما بعضها أصلى لا ينفصل عنه جنس الصلح المشروع و بعضها دخيل يدخل فى بعض أنواع الصلح دون البعض أما الاصل فهو انقطاع الخصومة والمنازعة بين المتداعيين شرعا حتى لا تسمع دعواهما بعد ذلك وهذا حكم لازم جنس الصلح فأما الدخيل فأنواع منها حق الشفعة للشفيع وجملته ان المدعى لو كان دارا او بدل الصلح سوى الدار من الدراهم والدنانير وغيرهما فان كان الصلح عن اقرار المدعى عليه يثبت للشفيع فيها حق الشفعة لانه فى معنى البيع من الجانبين فيجب حق الشفعة وان كان الصلح عن انكار لا يثبت لانه ليس فى معنى البيع من جانب المدعى عليه بل هو بذل المال لدفع الخصومة واليمين لكن للشفيع أن يقوم مقام المدعى فيدلى بحجته على المدعى عليه فان كانت للمدعى بينة أقامها الشفيع عليه وأخذ الدار بالشفعة لان باقامة البينة تبين له أن الصلح كان فى معنى البيع وكذلك ان لم تكن له بينة فحلف المدعى عليه فنكل وان كان بدل الصلح دارا والصلح عن اقرار المدعى عليه يثبت للشفيع حق الشفعة فى الدارين جميعا لما مر أن الصلح هنا فى معنى البيع من الجانبين فصار كأنهما تبايعا دارا بدار فيأخذ شفيع كل دار الدار المشفوعة بقيمة الدار الاخرى وان تصالحا على أن يأخذ المدعى الدار المدعاة و يعطى المدعى عليه دارا أخرى فان كان الصلح عن انكار وجبت فيهما الشفعة بقيمة كل واحدة منهما لان هذا الصلح فى معنى البيع من الجانبين وان كان الصلح عن اقرار لا يصح لان الدارين جميعا ملك المدعى لاستحالة أن يكون ملكه بدلا عن ملكه واذا لم يصح الصلح لا تجب الشفعة ولو صالح عن الدار على منافع لا تثبت الشفعة وان كان الصلح عن اقرار لان المنفعة ليست بعين مال فلا يجوز أخذ الشفعة بها وان كان الصلح عن انكار يثبت للشفيع حق الشفعة فى الدار التى هى بدل الصلح ولا يثبت فى الدار المدعاة لان الاخذ بالشفعة يستدعى كون المأخوذ مبيعا فى حق من يأخذ منه لان الصلح عن انكار فى جانب المدعى معاوضة فكان بدل الصلح بمعنى البيع فى حقه اذا كان عينا فكان للشفيع حق الاخذ منه بالشفعة وفى جانب المدعى عليه ليس بمعاوضة بل هو اسقاط الخصومة ودفع اليمين عن نفسه فلم يكن للدار المدعاة حكم المبيع فى حقه فلم يكن للشفيع أن يأخذها بالشفعة الا أن يدلى بحجة المدعى فيقيم البينة أو يحلف المدعى عليه فينكل على ما ذكرنا ومنها حق الرد بالعيب وانه يثبت من الجانبين جميعا ان كان الصلح عن اقرار لانه بمنزلة البيع وان كان عن انكار يثبت فى جانب المدعى ولا يثبت فى جانب المدعى عليه لان هذا بمنزلة البيع فى حقه لا فى حق المدعى عليه والعيب على المدعى عليه فى دعواه فان أقام البينة أخذ حصة العيب وان لم يثبت للمدعى عليه حق الرد بالعيب لم يرجع فى شئ وكذا لو استحق عليه الدار وقد بنى فيها بناء فنقض لا يرجع على المدعى بقيمة البناء وكذا لو كان المدعى جارية فاستولدها لم يكن مغرورا ولا يرجع بقيمة الولد لان ما أخذه المدعى ليس بدل المدعى فى حقه الا أنه اذا استحقت الدار المدعاة يرجع على المدعى بما أدى اليه لان المؤدى بدل الخصومة فى حقه وقد تبين أنه لا خصومة له فيه فكان له حق الرجوع بالمؤدى ولو وجد ببدل الصلح عيبا فلم يقدر على رده للهلاك أو للزيادة أو للنقصان فى يد المدعى فان كان الصلح عن اقرار يرجع على المدعى عليه بحصة العيب فى المدعى وان كان عن انكار يرجع بحصة العيب على المدعى عليه فى دعواه فان أقام البينة أخذ حصة العيب وكذا اذا حلفه فنكل وان حلف فلا شئ عليه ومنها الرد بخيار الرؤية فى نوعى الصلح وفرق الطحاوى بينهما والحق الرد فى الصلح عن انكار ببدل الصلح عن القصاص وبالمهر و بدل الخلع والرد بخيار الرؤية غير ثابت فى تلك العقود فكذا هنا وفى كتاب الصلح أثبت حق الرد فى النوعين جميعا من غير فصل هو الصحيح لان الخيار ثبت للمدعى فيستدعى كونه معاوضة عن حقه وقد وجد وكذلك الاحكام تشهد بصحة هذا

على ما ذكرنا (ومنها) أنه لا يجوز التصرف في بدل الصلح قبل القبض إذا كان منقولا في عقد الصلح فلا يجوز للمدعي بيعه
وهبته ونحو ذلك وإن كان عقارا يجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد لا يجوز ويجوز في الصلح عن
القصاص للمصالح أن يبيعه ويبرئ عنه قبل القبض وكذا المهر والخلع [illegible]
التحرز عن انفساخ العقد على تقدير هلاك [illegible] لا يحتمل الانفساخ فلا حاجة
الى الصيانة بالمنع كالموروث [illegible]
سديد ولو صالح عن القصاص على عين فهلكت قبل التسليم فعليه [illegible] وجوب التسليم
وهو عاجز عن تسليم العين للمصالح فيجب تسليم القيمة (ومنها) أن الوكيل بالصلح [illegible] أو
يلزم المدعى عليه فهذا في الأصل لا يخلو من وجهين إما أن يكون الصلح في معنى المعاوضة وإما أن يكون في معنى
استيفاء عين الحق فإن كان في معنى المعاوضة لزمه دون المدعى عليه لأنه يكون [illegible] البيع وحقوق البيع
راجعة الى الوكيل وإن كان في معنى استيفاء عين الحق فهذا على وجهين أيضا إما إن ضمن [illegible] وإما أن لم يضمن
فإن لم يضمن لا يلزمه لأنه يكون سفيرا [illegible] وإن ضمن لزمه بحكم الكفالة لا بحكم العقد
(وأما) الفضولي فإن نفذ صلحه فالبدل عليه ولا يرجع على المدعى عليه لأنه متبرع وإن توقف صلحه فإن رده المدعى
عليه بطل ولا شيء على واحد منهما وإن أجازه جاز والبدل عليه دون الفضولي

فصل وأما بيان ما يبطل به الصلح بعد وجوده فنقول [illegible] (منها) الإقالة
فيما سوى القصاص لأن ما سوى القصاص لا يخلو من معنى معاوضة [illegible] كالبيع ونحوه
(فأما) في القصاص فالصلح فيه إسقاط محض [illegible] كالطلاق ونحوه (ومنها) لحوق
المرتد بدار الحرب أو موته على الردة عند أبي حنيفة بناء على أن تصرفاته موقوفة عنده على الإسلام أو اللحوق
بدار الحرب والموت فإن أسلم نفذ وإن لحق بدار الحرب [illegible]
نافذة والمرتدة إذا لحقت بدار الحرب [illegible]
تعرف في موضعها إن شاء الله تعالى (ومنها) [illegible] (ومنها) الاستحقاق [illegible]
ليس إبطالا حقيقة بل هو بيان أن الصلح لم يصح [illegible]
الصلح ظاهرا فيجوز إلحاقه [illegible]
وأقرب الى الصناعة والله تعالى أعلم (ومنها) هلاك أحد المتعاقدين [illegible] معنى
الإجارة وأنها تبطل بموت أحد المتعاقدين [illegible]
إن كان حيوانا كالعبد والدابة أو غير حيوان كالدار والبيت [illegible]
هلك بنفسه يبطل الصلح إجماعا وإن هلك باستهلاك فلا يخلو من [illegible]
المدعى عليه وإما أن استهلكه المدعي فإن استهلكه أجنبي [illegible]
الخيار إن شاء نقض الصلح وإن شاء اشترى [illegible] عبدا [illegible]
المنفعة بمنزلة الإجارة لأن الإجارة تمليك [illegible]
الإجارة والإجارة تبطل بهلاك المستأجر [illegible]
صلح فيه معنى الإجارة وكان معنى المعاوضة لازما في الإجارة [illegible]
اعتبارهما جميعا ما أمكن [illegible] من جنس [illegible]
الاستيفاء من محل المنفعة وهو الرقبة ولا [illegible]
منها وبعد القتل إن تعذر الاستيفاء [illegible]

المدة المشروطة [illegible] وان استهلكه المدعى عليه بان قتله أو كان عبداً فاعتقه يبطل
الصلح أيضاً وقيل هذا قول محمد [illegible] على أصل أبي يوسف لا يبطل وتلزمه القيمة ليشتري بها عبداً آخر يخدمه
الى المدة المشروطة [illegible] كما اذا قتل العبد المرهون أو أعتقه وهذا لان رقبة العبد وان كانت مملوكة
للمدعى عليه [illegible] فيجب [illegible] تنفيذ العتق ويضمن
القيمة [illegible] عند محمد وعند أبي يوسف لا يبطل وتؤخذ من المدعى
قيمة [illegible] في نقض الصلح على مذهبه فيه نظر هذا
اذا كان الصلح على منافع الحيوان فاما اذا كان على سكنى بيت [illegible] بنفسه بان انهدم أو باستهلاك بان هدمه غيره
لا يبطل الصلح [illegible] المدعى الخيار ان شاء بناه صاحب البيت بيتاً آخر يسكنه الى المدة
المشروطة وان شاء [illegible] لان اجارة العبد تبطل بموته بالاجماع واجارة الدار لا تبطل
بانهدامها [illegible] في بعض الشروح [illegible] روايات عن أصحابنا على ما مر في الاجارات ولو
[illegible] المدعى عليه بعد الصلح لا ينفسخ الصلح لان الاقرار مبين ان الصلح
وقع [illegible] بينة بعد الصلح لا تسمع بينته الا اذا ظهر ببدل
الصلح عيب [illegible] فتسمع بينته ليبين ان الصلح في حكم الصلح عن اقرار
المدعى عليه [illegible]

فصل [illegible] ان يرجع المدعى الى أصل دعواه ان كان
[illegible] لان في الصلح عن قصاص اذا يصح
[illegible] من جهة المدعى عليه فيرجع عليه بضمان الغرور
[illegible] بالعيب وخيار الرؤية يرجع المدعى
[illegible] يرجع الى دعواه [illegible] بالعيب وخيار الرؤية فسخ للعقد واذا
[illegible] لان المستحق ظهر انه لم يصح لفوات
[illegible] لان في الصلح عن القصاص عن اقرار لا يرجع
[illegible] شبهة في درء القصاص والقصاص لا يستوفى مع الشبهة
[illegible] ويمكن استيفاؤه مع الشبهة فأمكن
الرجوع [illegible] من جهة المدعى عليه بان كان بدل الصلح جارية فقبضها
[illegible] وقت الخصومة فانه يرجع على المدعى عليه
[illegible] عن اقرار لانه صار مغروراً من جهته وان كان الصلح عن انكار يرجع
الى دعواه [illegible] المدعى عليه فنكل حينئذ يرجع المدعى بقيمة الولد لانه
[illegible] ولا يرجع بالعقر [illegible] لان العقر بدل المنفعة المستوفى فكان
عليه [illegible] على جارية فاستولدها ثم استحقت فانه يرجع
على المدعى عليه [illegible] ان كان الصلح عن اقرار ولا يرجع بالعقر لما ذكرنا وان كان
الصلح عن انكار يرجع الى دعواه [illegible] المدعى عليه فنكل يرجع بقيمة الجارية وبما ضمن
من القيمة [illegible] وان حلف لا يرجع [illegible] على عبد معين فاستحق العبد أو وجد به عيباً فرده
[illegible] يرجع المدعى ان كان الصلح عن اقرار وان كان عن انكار
رجع الى دعواه [illegible] العبد العين [illegible] على دراهم مسماة وضمنها

ودفعها اليه ثم استحقت أو وجدها زيوفا له ان يرجع على المصالح المتوسط لانه بالضمان التزم تسليم الجارية وسلامة المضمون ولو استحقت الدار المدعاة بعد الصلح عن اقرار أو عن انكار كان للمدعى عليه أن يرجع بما دفع (أما) فى موضع الاقرار فلا شك فيه لان المأخوذ عوض فى حقهما جميعاً (وأما) فى موضع الانكار فلان المأخوذ عوض فى حق المدعى عن المدعى عليه وقد فات بالاستحقاق فيجب عليه رد عوضه هذا اذا استحق كل الدار فأما اذا استحق بعضها فان كان ادعى جميع الدار يرجع بحصة ما استحق لفوات بعض ما هو عوض عن المستحق وان كان ادعى فيها حقاً لم يرجع بشىء لجواز أن يكون المدعى ما وراء المستحق واذا بطل الصلح على المنافع بموت أحد المتعاقدين وغير ذلك فى أثناء المدة فان كان الصلح عن اقرار رجع بالمدعى بقدر ما لم يستوف من المنفعة وان كان عن انكار رجع الى الدعوى فى قدر ما لم يستوف من المنفعة ولو صالح عن القصاص على دن من خمر فاذا هو خل أو على عبد فاذا هو حر فهو على الاختلاف الذى عرف فى باب النكاح الا ان فيما يجب مهر المثل هناك تجب الدية هنا وفيما تجب القيمة لرجل مثله هناك يجب ذاك هنا ولا يشبه هذا ما اذا صالح عن القصاص على خمر وهو يعلم بانه خمر أنه لا يجب شىء وههنا يجب شىء لان هناك صار مغرورا من جهة المدعى عليه بتسمية العبد والخل وكل من غر غيره فى شىء يكون ملتزما ما يلحقه من العهدة فيه فاذا ظهر الامر بخلافه كان له حق الرجوع عليه بحكم الكفالة والضمان ومعنى الغرور لا يتقدر عند علمه بحال المسمى فتبقى لفظة الصلح كناية عن العفو وأنه مسقط للحق أصلا فهو الفرق بين الامرين والله عز وجل أعلم

كتاب الشركة

الشركة فى الاصل نوعان شركة الاملاك وشركة العقود وشركة الاملاك نوعان نوع يثبت بفعل الشريكين ونوع يثبت بغير فعلهما (أما) الذى يثبت بفعلهما فنحو أن يشتريا شيأ أو يوهب لهما أو يوصى لهما أو يتصدق عليهما فيقبلا فيصير المشترى والموهوب والموصى به والمتصدق به مشتركا بينهما شركة ملك (وأما) الذى يثبت بغير فعلهما فالميراث بان ورثا شيأ فيكون الموروث مشتركا بينهما شركة ملك (وأما) شركة العقود فالكلام فيها يقع فى مواضع فى بيان أنواعها وكيفية كل نوع منها وركنه وفى بيان شرائط ركنه وفى بيان حكم الشركة وفى بيان صفة عقد الشركة وفى بيان ما يبطل العقد أما الاول فشركة العقود أنواع ثلاثة شركة بالاموال وشركة بالاعمال وتسمى شركة الابدان وشركة الصنائع وشركة بالتقبل وشركة بالوجوه (أما) الاول وهو الشركة بالاموال فهو أن يشترك اثنان فى رأس مال فيقولان اشتركنا فيه على أن نشترى ونبيع معا أو شتى أو أطلقا على أن ما رزق الله عز وجل من ربح فهو بيننا على شرط كذا أو يقول أحدهما ذلك ويقول الآخر نعم ولو ذكرا الشراء دون البيع فان ذكرا ما يدل على شركة العقود بان قالا ما اشترينا فهو بيننا أو ما اشترى أحدنا من تجارة فهو بيننا يكون شركة لانهما لما جعلا ما اشتراه كل واحد بينهما علم انهما أرادا به الشركة لا الوكالة لان الوكيل لا يوكل موكله عادة واذا لم يكن وكالة لا تقف صحته على ما تقف عليه صحة الوكالة وهو التخصيص ببيان الجنس أو النوع أو قدر الثمن بل يصح من غير بيان شىء من ذلك ان لم يذكرا الشراء ولا البيع ولا ما يدل على شركة العقود بان قال رجل لغيره ما اشتريت من شىء فبينى وبينك أو قال فبيننا وقال الآخر نعم فان أرادا بذلك أن يكونا بمعنى شريكى التجارة كان شركة حتى تصح من غير بيان جنس المشترى ونوعه وقدر الثمن كما اذا نصا على الشراء والبيع وان أرادا به أن يكون المشترى بينهما خاصة بعينه ولا يكونا فيه كشريكى التجارة بل يكون المشترى بينهما بعينه كما اذا ورثا أو وهب لهما كان وكالة لا شركة فان وجد شرط صحة الوكالة جازت الوكالة والا فلا وهو بيان جنس المشترى وبيان نوعه أو مقدار الثمن فى الوكالة الخاصة وهى أن لا يفوض الموكل الرأى الى الوكيل بان يقول ما اشتريت لى من عبد تركى أو جارية رومية فهو جائز أو ما اشتريت لى من عبد أو جارية بالف درهم فهو جائز أو بيان الوقت أو قدر الثمن أو جنس المشترى فى الوكالة العامة بان يقول ما اشتريت لى من شىء اليوم

أوشـهر كذا أوسـنة كذا فهو جائز أو قال مااشتريت لى من شئ بألف درهم فهو جائز أو مااشتريت لى من البز والخز فهو جائز وانما كان كذلك لان مطلق هذا اللفظ يحتمل الشركة و يحتمل الوكالة فلا بد من النية فان نو يا به الشركة كان شركة فى عموم التجارات لان الاصل فى الشركة العموم لان المقصود منها تحصيل الربح وهذا المقصود لا يحصل الا بتكرار التجارة مرة بعد أخرى ولا يشترط لها بيان شئ مماذكرنا لان ذلك ليس بشرط لصحة الشركة وان نو يا به الوكالة كان وكالة و يقف صحتها على شرائطها من الخاصة أو العامة لان مبنى الوكالة على الخصوص لان المقصود منها تملك العين لا تحصيل الربح منها فلا بد فيها من التخصيص ببيان ماذكرنا الا أنه يكتفى فى الوكالة العامة ببيان أحد الاشياء التى وصفنا لانه لما عممها بتفويض الرأى فيها الى الوكيل فقد شبهها بالشركة فكان فى احتمال الجهالة الفاحشة كالشركة لكنها وكالة والخصوص أصل فى الوكالة فلا بد فيها من ضرب تخصيص فان أتى بشئ مماذكرنا جازت والا بطلت قال بشر سمعت أبا يوسف يقول فى رجل قال لرجل مااشتريت اليوم من شئ فبينى و بينك نصفين فقال الرجل نعم فان أبا حنيفة رحمه الله قال هذا جائز وكذلك قال أبو يوسف وكذلك ان وقت مالا ولم يؤقت يوما وكذا ان وقت صنفا من الثياب وسمى عددا أو لم يسم ثمنا ولا يوما وان قال مااشتريت من شئ فهو بينى و بينك ولم يسم شيأ مماذكرنا فان أبا حنيفة رحمه الله قال لا يجوز وكذلك قال أبو يوسف لماذكرنا انه لما لم يذكر البيع ولا مادل على شركة العقود علم أنها وكالة فلا تصح الا بضرب من التخصيص على ما بينا وذكر محمد فى الاصل فى رجلين اشتركا بغير مال على أن ما اشتريا اليوم فهو بينهما خصا صنفا من الاصناف أو عما ولم يخصا فهو جائز وكذلك ان لم يوقتا للشركة وقتا كان هذا جائزا لانهما لما جعلا مايشتريه كل واحد بينهما دل على انها شركة وليست بوكالة لان الوكالة لا تكون من الجانبين عادة واذا كان شركة فالشركة لا تحتاج الى التخصيص قال وان أشهد أحدهما أن مايشتريه لنفسه بغير محضر من صاحبه فكلما اشتريا شيأ فهو بينهما لان الشركة لما صحت كان كل واحد منهما وكيل الآخر فيما يشتريه فهو بالاشهاد انه يشترى لنفسه يريد اخراج نفسه من الوكالة بغير محضر من الموكل فلا يملك ذلك (وأما) الشركة بالاعمال فهو أن يشتركا على عمل من الخياطة أو القصارة أو غيرهما فيقولا اشتركنا على أن نعمل فيه على أن مارزق الله عز وجل من أجرة فهى بيننا على شرط كذا (وأما) الشركة بالوجوه فهو أن يشتركا وليس لهما مال لكن لهما وجاهة عند الناس فيقولا اشتركنا على أن نشترى بالنسيئة ونبيع بالنقد على أن مارزق الله سبحانه وتعالى من ربح فهو بيننا على شرط كذا وسمى هذا النوع شركة الوجوه لانه لا يباع بالنسيئة الا الوجيه من الناس عادة و يحتمل انه سمى بذلك لان كل واحد منهما يواجه صاحبه ينتظران من يبيعهما بالنسيئة و يدخل فى كل واحد من الانواع الثلاثة العنان والمفاوضة و يفصل بينهما بشرائط تختص بالمفاوضة نذكرها فى موضعها ان شاء الله تعالى

﴿فصل﴾ وأما بيان جواز هذه الانواع الثلاثة فقد قال أصحابنا انها جائزة عنانا كانت أو مفاوضة وقال الشافعى رحمه الله شركة الاعمال والوجوه لا جواز لها أصلا ورأسا (وأما) شركة الاموال فتجوز فيها العنان ولا تجوز فيها المفاوضة وقال مالك رحمه الله لا أعرف المفاوضة وقيل فى اشتقاق العنان انه مأخوذ من العن وهو الاعراض يقال عن لى أى اعترض وظهر قال امرؤ القيس

فعن لنا سرب كأن نعاجه * عذارى دوار فى ملاء مذيل

سمى هذا النوع مثل الشركة عنانا لانه يقع على حسب مايعن لهما فى كل التجارات أو فى بعضها دون بعض وعند تساوى المالين أو تفاضلهما وقيل هو مأخوذ من عنان الفرس أن يكون باحدى يديه و يده الاخرى مطلقة يفعل بها مايشاء فسمى هذا النوع من الشركة له عنانا لانه لا يكون الا فى بعض الاموال و يتصرف كل واحد منهما فى الباقى كيف يشاء أو لان كل واحد منهما جعل عنان التصرف فى المال المشترك لصاحبه وكان أهل الجاهلية يتعاطون هذه الشركة قال النابغة

وشاركنا قريشا فى بقاها * وفى احسابها شرك العنان

(وأما) المفاوضة فقد قيل انها المساواة فى اللغة قال القائل وهو العبدى

يهدى الامور بأهل الرأى ماصلحت * فان تولت فبالاشرار تنقاد

لا يصلح الناس فوضى لاسراة لهم * ولا سراة اذا جهالهم سادوا

سمى هذا النوع من الشركة مفاوضة لاعتبار المساواة فيه فى رأس المال والربح والتصرف وغير ذلك على ما نذكر وقيل هى من التفويض لان كل واحد منهما يفوض التصرف الى صاحبه على كل حال (وأما) الكلام فى شركة الاعمال والوجوه (فوجه) قول الشافعى رحمه الله ان الشركة تنبئ عن الاختلاط ولهذا شرط الخلط لجواز الشركة ولا يقع الاختلاط الا فى الاموال وكذا ما وضع له الشركة لا يتحقق فى هذين النوعين لانها وضعت لاستنماء المال بالتجارة لان نماء المال بالتجارة والناس فى الاهتداء الى التجارة مختلفون بعضهم أهدى من البعض فشرعت الشركة لتحصيل غرض الاستنماء ولا بد من أصل يستنمى ولم يوجد فى هذين النوعين فلا يحصل ما وضع له الشركة فلا يجوز (ولنا) ان الناس يتعاملون بهذين النوعين فى سائر الاعصار من غير انكار عليهم من أحد وقال عليه الصلاة والسلام لا تجتمع أمتى على ضلالة ولأنهما يشتملان على الوكالة والوكالة جائزة والمشتمل على الجائز جائز وقوله ان الشركة شرعت لاستنماء المال فيستدعى أصلا يستنمى فنقول الشركة بالاموال شرعت لتنمية المال وأما الشركة بالاعمال أو بالوجوه فما شرعت لتنمية المال بل لتحصيل أصل المال والحاجة الى تحصيل أصل المال فوق الحاجة الى تنميته فلما شرعت لتحصيل الوصف فلأن تشرع لتحصيل الاصل أولى (وأما) الكلام فى الشركة بالاموال فأما العنان فجائز باجماع فقهاء الامصار ولتعامل الناس ذلك فى كل عصر من غير نكير وما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن ولما روى أن أسامة بن شريك جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال أتعرفنى فقال عليه الصلاة والسلام وكيف لا أعرفك وكنت شريكى ونعم الشريك لا تدارى ولا تمارى وأدنى ما يستدل بفعله عليه الصلاة والسلام الجواز وكذا بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم والناس يتعاملون بهذه الشركة فقررهم على ذلك حيث لم ينههم ولم ينكر عليهم والتقرير أحد وجوه السنة ولان هذه العقود شرعت لمصالح العباد وحاجتهم الى استنماء المال متحققة وهذا النوع طريق صالح للاستنماء فكان مشروعا ولانه يشتمل على الوكالة والوكالة جائزة اجماعا (وأما) المفاوضة (فأما) قول مالك رحمه الله لا أعرف ما المفاوضة فان عنى به لا أعرف معناها فى اللغة فقد بينا معناها فى اللغة انها عبارة عن المساواة وان عنى به لا أعرف جوازها فقد عرفنا رسول الله صلى الله عليه وسلم الجواز بقوله عليه الصلاة والسلام تفاوضوا فانه أعظم للبركة ولانها مشتملة على أمرين جائزين وهما الوكالة والكفالة لان كل واحد منهما جائز حالة الانفراد وكذا حالة الاجتماع كالعنان ولانها طريق استنماء المال أو تحصيله والحاجة الى ذلك متحققة فكانت جائزة كالعنان (وأما) الكلام مع الشافعى رحمه الله فوجه قوله أن المفاوضة تتضمن الكفالة عندكم والكفالة التى تتضمنها المفاوضة كفالة بمجهول وانها غير صحيحة حالة الانفراد فكذا التى تتضمنها المفاوضة ودليلنا على الجواز ما ذكرنا مع مالك رحمه الله (وأما) قوله المكفول له مجهول فنعم لكن هذا النوع من الجهالة فى عقد الشركة عفو وان لم يكن عفوا حالة الانفراد كما فى شركة العنان فانها تشتمل على الوكالة العامة وان كان لا يصح هذا التوكيل حالة الانفراد وكذا المضاربة تتضمن وكالة عامة وانها صحيحة وان كانت الوكالة العامة لا تصح من غير بيان حالة الانفراد فكذا هذا وكان المعنى فى ذلك الوكالة لا تثبت فى هذا العقد مقصودا بل ضمنا للشركة وقد يثبت الشئ ضمنا وان كان لا يثبت قصدا ويشترط للثابت مقصودا ما لا يشترط للثابت ضمنا وتبعا كعزل الوكيل ونحو ذلك

﴿فصل﴾ وأما بيان شرائط جواز هذه الانواع فلجوازها شرائط بعضها يعم الانواع كلها وبعضها يخص البعض دون البعض (أما) الشرائط العامة فانواع (منها) أهلية الوكالة لان الوكالة لازمة فى الكل وهى أن يصير كل واحد

منهما

منهما وكيل صاحبه فى التصرف بالشراء والبيع وتقبل الاعمال لان كل واحد منهما أذن لصاحبه بالشراء والبيع وتقبل الاعمال مقتضى عقد الشركة والوكيل هو المتصرف عن اذن فيشترط فيها أهلية الوكالة لما علم فى كتاب الوكالة (ومنها) أن يكون الربح معلوم القدر فان كان مجهولا تفسد الشركة لان الربح هو المعقود عليه وجهالته توجب فساد العقد كما فى البيع والاجارة (ومنها) أن يكون الربح جزأ شائعا فى الجملة لا معينا فان عينا عشرة أو مائة أو نحو ذلك كانت الشركة فاسدة لان العقد يقتضى تحقق الشركة فى الربح والتعيين يقطع الشركة لجواز أن لا يحصل من الربح الا القدر المعين لاحدهما فلا يتحقق الشركة فى الربح (وأما) الذى يخص البعض دون البعض فيختلف (أما) الشركة بالاموال فلها شروط (منها) أن يكون رأس المال من الاثمان المطلقة وهى التى لا تتعين بالتعيين فى المفاوضات على كل حال وهى الدراهم والدنانير عنانا كانت الشركة أو مفاوضة عند عامة العلماء فلا تصح الشركة فى العروض وقال مالك رحمه الله هذا ليس بشرط وتصح الشركة فى العروض والصحيح قول العامة لان معنى الوكالة من لوازم الشركة والوكالة التى يتضمنها الشركة لا تصح فى العروض وتصح فى الدراهم والدنانير فان من قال لغيره بع عرضك على أن يكون ثمنه بيننا لا يجوز واذا لم تجز الوكالة التى هى من ضرورات الشركة لم تجز الشركة ولو قال له اشتر بألف درهم من مالك على أن يكون ما اشتريته بيننا جاز ولان الشركة فى العروض تؤدى الى جهالة الربح عند القسمة لان رأس المال يكون قيمة العروض لا عينها والقيمة مجهولة لانها تعرف بالحزر والظن فيصير الربح مجهولا فيؤدى الى المنازعة عند القسمة وهذا المعنى لا يوجد فى الدراهم والدنانير لان رأس المال من الدراهم والدنانير عند القسمة عينها فلا يؤدى الى جهالة الربح ولان النبى عليه الصلاة والسلام نهى عن ربح ما لم يضمن والشركة فى العروض تؤدى الى ربح ما لم يضمن لان العروض غير مضمونة بالهلاك فان من اشترى شيأ بعرض بعينه فهلك العرض قبل التسليم لا يضمن شيأ آخر لان العروض تتعين بالتعيين فيبطل البيع فاذا لم تكن مضمونة فالشركة فيها تؤدى الى ربح ما لم يضمن وانه منهى بخلاف الدراهم والدنانير فانها مضمونة بالهلاك لانها لا تتعين بالتعيين فالشركة فيها لا تؤدى الى ربح ما لم يضمن بل يكون ربح ما ضمن والحيلة فى جواز الشركة فى العروض وكل ما يتعين بالتعيين أن يبيع كل واحد منهما نصف ماله بنصف مال صاحبه حتى يصير مال كل واحد منهما نصفين وتحصل شركة ملك بينهما ثم يعقدان بعد ذلك عقد الشركة فتجوز بلا خلاف ولو كان من أحدهما دراهم ومن الآخر عروض فالحيلة فى جوازه أن يبيع صاحب العروض نصف عرضه بنصف دراهم صاحبه ويتقابضا ويخلطا جميعا حتى تصير الدراهم بينهما والعروض بينهما ثم يعقدان عليهما عقد الشركة فيجوز وأما التبر فهل يصلح رأس مال الشركة ذكر فى كتاب الشركة وجعله كالعروض وفى كتاب الصرف جعله كالاثمان المطلقة لانه قال فيه اذا اشترى به فهلك لا ينفسخ العقد والامر فيه موكول الى تعامل الناس فان كانوا يتعاملون به فحكمه حكم الاثمان المطلقة فتجوز الشركة بها وان كانوا لا يتعاملون بها فحكمها حكم العروض ولا تجوز فيها الشركة (وأما) الفلوس فان كانت كاسدة فلا تجوز الشركة ولا المضاربة بها لانها عروض وان كانت نافقة فكذلك فى الرواية المشهورة عن أبى حنيفة وأبى يوسف وعند محمد تجوز والكلام فيها مبنى على أصل وهو ان الفلوس الرائجة ليست أثمانا على كل حال عند أبى حنيفة وأبى يوسف لانها تتعين بالتعيين فى الجملة وتصير مبيعا باصطلاح العاقدين حتى جاز بيع الفلس بالفلسين باعيانها عندهما فاما اذا لم تكن أثمانا مطلقة لاحتمالها التعيين بالتعيين فى الجملة فى عقود المعاوضات لم تصلح رأس مال الشركة كسائر العروض وعند محمد الثمنية لازمة للفلوس النافقة فكانت من الاثمان المطلقة ولهذا أبى جواز بيع الواحد منها باثنين فتصلح رأس مال الشركة كسائر الاثمان المطلقة من الدراهم والدنانير وروى عن أبى يوسف انه تجوز الشركة بالفلوس ولا تجوز المضاربة ووجهه ان المانع من جواز المضاربة جهالة الربح عند القسمة على تقدير الكساد لانه لا بد من تعيين رأس المال عند القسمة فاذا كسدت صار رأس المال قيمة والقيمة مجهولة لانها تعرف بالحزر والظن وهذا المعنى لا يوجد

في الشركة لانهما عند الكساد يأخذان رأس المال عددا لاقيمة فكان الربح معلوما (وأما) الشركة بالمكيلات
والموزونات التي ليست بأثمان مطلقة والعدديات المتقاربة التي لاتتفاوت فلاتجوز قبل الخلط في قولهم جميعا لانها
انما تتعين بالتعيين اذا كانت عينا فكانت كالعروض ولان الوكالة التي تتضمنها الشركة فيها لا تصح قبل الخلط ألا
يرى انه لو قال لآخر قبل الخلط بع حنطتك على أن يكون ثمنها بيننا لم يجز وسواء كانت الشركة من جنسين أو من جنس
واحد وأما بعد الخلط فان كانت الشركة في جنسين مختلفين لاتجوز في قولهم جميعا لان الحنطة اذا خلطت بالشعير
خرجت من أن تكون ثمنا بدليل ان مستهلكها يضمن قيمتها لامثلها وان كانت من جنس واحد فكذلك عند
أبي يوسف لاتصح وانما تصير شركة ملك وعند محمد تصح الشركة فيها بعد الخلط وفائدة الاختلاف تظهر فيما اذا
كان المكيل نصفين وشرطا الربح أثلاثا فخلطاه واشتريا به فعلى قول أبي يوسف الربح بينهما على قدر المالين نصفين
وعلى قول محمد على ماشرطا فقول أبي يوسف مطرد على الاصل الذي ذكرنا ان المكيلات والموزونات والمعدودات
المتقاربة ليست أثمانا على كل حال بل تكون تارة ثمنا وتارة مبيعا لانها تتعين بالتعيين في الجملة فكانت كالفلوس
(ووجه) التخريج لمحمد ان معنى الوكالة التي تتضمنها الشركة ثابت بعد الخلط فاشبهت الدراهم والدنانير بخلاف
ماقبل الخلط لان الوكالة التي من مقتضيات الشركة لا يصح فيها قبل الخلط والحيلة في جواز الشركة بالمكيلات
وسائر الموزونات والعدديات المتقاربة على قول أبي يوسف أن يخلطا حتى تصير شركة ملك بينهما ثم يعقدا عليها عقد
الشركة فيجوز عنده أيضا (ومنها) أن يكون رأس مال الشركة عينا حاضرا لادينا ولا مالا غائبا فان كان لاتجوز عنانا
كانت أو مفاوضة لان المقصود من الشركة الربح وذلك بواسطة التصرف ولا يمكن في الدين ولا المال الغائب فلا
يحصل المقصود وانما يشترط الحضور عند الشراء لا عند العقد لان عقد الشركة يتم بالشراء فيعتبر الحضور عنده حتى
لو دفع الى رجل ألف درهم فقال له اخرج مثلها واشتر بهما وبع فما ربحت يكون بيننا فأقام المأمور البينة انه فعل ذلك
جاز وان لم يكن المال حاضرا من الجانبين عند العقد لما كان حاضرا عند الشراء وهل يشترط خلط المالين وهو خلط
الدراهم بالدنانير أو الدنانير بالدراهم قال أصحابنا الثلاثة لا يشترط وقال زفر يشترط وبه أخذ الشافعي رحمه الله وعلى
هذا الاصل يبنى ما اذا كان المالان من جنسين بان كان لاحدهما دراهم وللآخر دنانير ان الشركة جائزة عندنا
خلافا لهما وكذلك اذا كانا من جنس واحد لكن بصفتين مختلفتين كالصحاح مع المكسرة أو كانت دراهم أحدهما
بيضاء والآخر سوداء وعلة ذلك في شركة العنان فهو على هذا الخلاف وروى عن زفر ان الخلط شرط في المفاوضة
لا في العنان ولكن الطحاوي ذكر انه شرط فيهما عند زفر (وجه) قوله ان الشركة تنبئ عن الاختلاط والاختلاط
لا يتحقق مع تميز المالين فلا يتحقق معنى الشركة ولان من أحكام الشركة ان الهلاك يكون من المالين وما هلك قبل
الخلط من أحد المالين يهلك من مال صاحبه خاصة وهذا ليس من مقتضى الشركة (ولنا) ان الشركة تشتمل على
الوكالة فما جاز التوكيل به جازت الشركة فيه والتوكيل جائز في المالين قبل الخلط كذا الشركة (وأما) قوله الشركة
تنبئ عن الاختلاط فسلم لكن على اختلاط رأسي المال أو على اختلاط الربح فهذا مما لا يتعرض له لفظ الشركة
فيجوز أن يكون تسميته شركة لاختلاط الربح لا لاختلاط رأس المال واختلاط الربح يوجد وان اشترى كل
واحد منهما بمال نفسه على حدة لان الزيادة وهي الربح تحدث على الشركة (وأما) ماهلك من أحد المالين قبل
الخلط فانما كان من نصيب صاحبه خاصة لان الشركة لاتتم الا بالشراء فما هلك قبله هلك قبل تمام الشركة فلا تعتبر
حتى لو هلك بعد الشراء باحدهما كان الهالك من المالين جميعا لانه هلك بعد تمام العقد (وأما) تسليم رأس مال كل
واحد منهما الى صاحبه وهو التخلية بين ماله وبين صاحبه فليس بشرط في العنان والمفاوضة جميعا وانه شرط لصحة
المضاربة والفرق بينهما يذكر في كتاب المضاربة (ومنها) ماهو مختص بالمفاوضة وهو أن يكون لكل من الشريكين
أهلية الكفالة بان يكونا حرين عاقلين لان من أحكام المفاوضة ان كل ما يلزم لاحدهما من حقوق ما يتجران فيه يلزم

الآخر ويكون كل واحد منهما فيما وجب على صاحبه بمنزلة الكفيل عنه لما نذكر فلابد من أهلية الكفالة وشرائط أهلية الكفالة تطلب من كتاب الكفالة (ومنها) المساواة فى رأس المال قدرا وهى شرط صحة المفاوضة بلا خلاف حتى لو كان المالان متفاضلين قدرا لم تكن مفاوضة لان المفاوضة تنبئ عن المساواة فلابد من اعتبار المساواة فيها ما أمكن وكذا قيمة فى الرواية المشهورة حتى لو كان أحدهما صحاحا والآخر مكسرة أو كان أحدهما ألفا بيضاء والآخر ألفا سوداء وبينهما فضل قيمة فى الصرف لم تجز المفاوضة فى الرواية المشهورة لان زيادة القيمة بمنزلة زيادة الوزن فلا تثبت المساواة التى هى من مقتضى العقد وروى اسمعيل بن حماد عن أبى يوسف ان احدى الالفين اذا كانت أفضل من الاخرى جاز وكانت مفاوضة لان الجودة فى أموال الربا لا قيمة لها شرعا عند مقابلتها بجنسها فسقط اعتبار الجودة فصار كانهما على صفة واحدة وهل تشترط المجانسة فى رأس المال بان يكون كل واحد منهما دراهم أو يكون كل واحد منهما دنانير فعلى الرواية المشهورة لا تشترط حتى لو كان أحدهما دراهم والآخر دنانير جازت المفاوضة فى الرواية المشهورة بعد ان استويا فى القيمة ولا خلاف فى انهما اذا لم يستويا فى القيمة لم تكن مفاوضة وروى عن أبى حنيفة عليه الرحمة انه لا تكون مفاوضة وان استويا فى القيمة (وجه) هذه الرواية ان عند اختلاف الجنس لا تعرف المساواة بينهما فى القيمة لان القيمة تعرف بالحزر والظن وتختلف باختلاف المقومين فلا تعرف بالمساواة والصحيح هو الرواية المشهورة لانهما من جنس الاثمان فكانت المجانسة ثابتة فى الثمنية (ومنها) أن لا يكون لاحد المتفاوضين ما تصح فيه الشركة ولا يدخل فى الشركة فان كان لم تكن مفاوضة لان ذلك يمنع المساواة وان تفاضلا فى الاموال التى لا تصح فيها الشركة كالعروض والعقار والدين جازت المفاوضة وكذا المال الغائب لان مالا تنعقد عليه الشركة كان وجوده والعدم بمنزلة وكان التفاضل فيه كالتفاضل فى الازواج والاولاد (ومنها) المساواة فى الربح فى المفاوضة فان شرطا التفاضل فى الربح لم تكن مفاوضة لعدم المساواة (ومنها) العموم فى المفاوضة وهو أن يكون فى جميع التجارات ولا يختص أحدهما بتجارة دون شريكه لما فى الاختصاص من ابطال معنى المفاوضة وهو المساواة وعلى هذا يخرج قول أبى حنيفة ومحمد عليهما الرحمة انه لا تجوز المفاوضة بين المسلم وبين الذمى لان الذمى يختص بتجارة لا يجوز ذلك للمسلم وهى التجارة فى الخمر والخنزير فلم يستويا فى التجارة فلا يتحقق معنى المفاوضة وعند أبى يوسف يجوز لاستوائهما فى أهلية الوكالة والكفالة وتجوز مفاوضة الذميين لاستوائهما فى التجارة (وأما) مفاوضة المسلم والمرتد ذكر الكرخى أنها غير جائزة وكذا روى عيسى بن أبان عن أبى حنيفة رحمهم الله لان تصرفات المرتد متوقفة عنده لوقوف أملاكه فلا يساوى المسلم فى التصرف فلا تجوز كما لا تجوز بين المسلم والذمى وذكر محمد فى الاصل وقال قياس قول أبى يوسف انه يجوز يعنى قياس قوله فى الذمى ولابى يوسف انه يفرق بينهما من حيث ان ملك المرتد ناقص لكونه على شرف الزوال ألا ترى ان قاضيا لو قضى ببطلان تصرفه وزوال ملكه ينفذ قضاؤه واذا كان ناقص الملك والتصرف نزل منزلة المكاتب بخلاف الذمى ولو فاوض مسلم مرتدة ذكر الكرخى انها لا تجوز وقال القدورى رحمه الله وهو ظاهر على أصل أبى حنيفة ومحمد لان الكفر عندهما يمنع انعقاد المفاوضة بين المسلم والكافر (وأما) أبو يوسف فالكفر عنده غير مانع وانما المانع نقصان الملك والتصرف وهذا لا يوجد فى المرأة وأما مفاوضة المرتدين أو شركتهما شركة العنان فذلك موقوف عند أبى حنيفة على ما أصله فى عقود المرتد انها موقوفة فان أسلما جاز عقدهما وان قتلا على ردتهما أو ماتا أو لحقا بدار الحرب بطل (وأما) على قولهما فشركة العنان جائزة لان عقودهما نافذة (وأما) مفاوضتهما فقد ذكر القدورى رحمه الله وقال ينبغى أن لا يجوز أما عند أبى يوسف فلان نقصان الملك يمنع المفاوضة كالمكاتب وملكهما ناقص لما ذكرنا فصارا كالمكاتبين (وأما) عند محمد فلان المرتد عنده بمنزلة المريض مرض الموت وكفالة المريض مرض الموت لا تصح الا من الثلث والمفاوضة تقتضى جواز الكفالة على الاطلاق وان شارك مسلم مسلما ثم ارتد أحدهما فان قتل أو مات أو لحق بدار الحرب بطلت الشركة وان رجع قبل ذلك فهما

على الشركة لانه اذا قتل أومات أولحق بدار الحرب زالت أملاكه عنـد أبى حنيفة من حين ارتد فكانه مات فبطلت شركته وان أسلم فقد زال التوقف وجعل كان الردة لم تكن ولهذا قال أبوحنيفة ان المرتد منهما اذا أقر ثم قتـل لم يلزم اقراره شريكه لان الملك يحكم بزواله من وقت الردة فقـد أقر بعد بطلان الشركة (وأما) على قولهما فاقراره جائز على شريكه وكذا بيعه وشراؤه لان الشركة عندهما انما بطلت بالقتل أو باللحاق فكانت باقية قبل ذلك فنفذ تصرفه واقراره ويكره للمسلم ان يشارك الذمى لانه يباشر عقودا لا تجوز فى الاسـلام فيحصل كسـبه من محظور فيكره ولهـذا كره توكيـل المسـلم الذمى ولوشاركه شركة عنان جاز كالو وكله (ومنها) لفظ المفاوضة فى شركة المفاوضة كذا روى الحسن عن أبى حنيفة انه لا تصح شركة المفاوضة الا بلفظ المفاوضة وهوقول أبى يوسف ومحمد لان للمفاوضة شرائط لا يجمعها الا لفظ المفاوضة أو عبارة أخرى تقوم مقامها والعوام قلما يقـفون على ذلك وهـذه العقود فى الاعم الاغلب تجرى بينهم فان كان العاقد ممن يقـدر على استيفاء شرائطها بلفظ آخر يصح وان لم يذكر لفظها لان العبرة فى العـقود لمعانيها لا عين الالفاظ وفى كل موضع فقـد شرط من الشروط بالمفاوضة كانت الشركة عنانا لان المفاوضة تضمنت العنان وزيادة فبطلان المفاوضة لا يوجب بطلان العنان ولان فقـد شرط فى عقد انما يوجب بطلانه اذا كان العـقد ما يقف صحته عليه ولا يقف صحة العنان على هذه الشرائط ففقدانها لا يوجب بطلانه (وأما) شركة العنان فلا يراعى لها شرائط المفاوضة فلا يشـترط فيها أهليـة الـكفالة حتى تصح ممن لا تصح كفالته من الصبى المأذون والعبـد المأذون والمكاتب ولا المساواة بين رأسى المـال فيجوز مع تفاضل الشريكين فى رأس المـال ومع أن يكون لاحدهما مال آخر يجوز عقد الشركة عليه سوى رأس ماله الذى شاركه صاحبه فيه ولا أن يكون فى عموم التجارات بل يجوز عاما وهو أن يشتركا فى عموم التجارات وخاصا وهو أن يشتركا فى شىء خاص كالبز والخز والرقيق والثياب ونحو ذلك لان اعتبار هذه الشرائط فى المفاوضات لدلالة اللفظ عليها وهو معنى المساواة ولم يوجد فى العنان ولا لفظة المفاوضة لان اعتبارها فى المفاوضة لدلالتها على شرائط مختصة بالمفاوضة ولم يشترط فى العنان فلا حاجة الى لفظة المفاوضة ولا الى لفظة العنان أيضا لان كل أحد يقدر على لفظ يؤدى معناه بخلاف المفاوضة ولا المساواة فى الربح فيجوز متفاضلا ومتساويا لما قلنا والاصل ان الربح انما يستحق عندنا اما بالمـال واما بالعمل واما بالضمان أما ثبوت الاستحقاق بالمـال فظاهر لان الربح نماء رأس المال فيكون لمالكه ولهذا استحق رب المال الربح فى المضاربة وأما بالعمل فان المضارب يستحق الربح بعمله فـكذا الشريك وأما بالضمان فان المال اذا صار مضمونا على المضارب يستحق جميع الربح ويكون ذلك بمقابلة الضمان خراجا بضمان بقول النبى عليه الصلاة والسلام الخراج بالضمان فاذا كان ضمانه عليه كان خراجه له والدليل عليه ان صانعا تقبل عملا بأجر ثم لم يعمل بنفسه ولـكن قبله لغيره بأقل من ذلك طاب له الفضل ولا سبب لاستحقاق الفضل الا الضمان فثبت ان كل واحد منهما سبب صالح لاستحقاق الربح فان لم يوجد شىء من ذلك لا يستحق بدليل ان من قال لغيره تصرف فى ملـكك على ان لى بعض ربحـه لم يجز ولا يستحق شيأ من الربح لانه لا مال ولا عمل ولا ضمان اذا عرف هذا فنقول اذا شرطا الربح على قدر المالين متساويا أو متفاضلا فلا شك انه يجوز ويكون الربح بينهما على الشرط سواء شرطا العمل عليهما أو على أحدهما والوضيعة على قدر المـالين متساويا ومتفاضلا لان الوضيعة اسم لجزء هالك من المـال فيتقدر بقدر المـال وان كان المـالان متساويين فشرطا لاحدهما فضلا على ربح ينظر ان شرطا العمل عليهما جميعا جاز والربح بينهما على الشرط فى قول أصحابنا الثلاثة وعند زفر لا يجوز أن يشترط لاحدهما أكثر من ربح ماله وبه أخذ الشافعى رحمه الله ولا خلاف فى شركة الملك ان الزيادة فيها تكون على قدر المـال حتى لو شرط الشريكان فى ملك ماشية لاحدهما فضلا من أولادها وألبانها لم تجز بالاجماع والـكلام بيننا وبين زفر بناء على أصل وهو ان الربح عنده لا يستحق الا بالمـال لانه نماء الملك فيـكون على قدر المـال كالاولاد والالبان (وأما) عندنا فالربح تارة يستحق بالمـال وتارة بالعـمل وتارة بالضمان على ما بينا وسواء عملا جميعا أو عمل أحـدهما دون الآخر فالربح بينهما يكون على

الشرط لان استحقاق الربح فى الشركة بالاعمال بشرط العمل لا بوجود العمل بدليل ان المضارب اذا استعان برب المال استحق الربح وان لم يوجد منه العمل لوجود شرط العمل عليه والوضيعة على قدر المالين لما قلنا وان شرطا العمل على أحدهما فان شرطاه على الذى شرطا له فضل الربح جاز والربح بينهما على الشرط فيستحق ربح رأس ماله بماله والفضل بعمله وان شرطاه على أقلهما ربحا لم يجز لان الذى شرطا له الزيادة ليس له فى الزيادة مال ولا عمل ولا ضمان وقد بينا ان الربح لا يستحق الا بأحد هذه الاشياء الثلاثة وان كان المالان متفاضلين وشرطا التساوى فى الربح فهو على هذا الخلاف ان ذلك جائز عند أصحابنا الثلاثة اذا شرطا العمل عليهما وكان زيادة الربح لاحدهما على قدر رأس ماله بعمله وانه جائز وعلى قول زفر لا يجوز ولا بد أن يكون قدر الربح على قدر رأس المالين عنده وان شرطا العمل على أحدهما فان شرطاه على الذى رأس ماله أقل جاز ويستحق قدر ربح ماله بماله والفضل بعمله وان شرطاه على صاحب الاكثر لم يجز لان زيادة الربح فى حق صاحب الاقل لا يقابلها مال ولا عمل ولا ضمان (وأما) العلم بمقدار رأس المال وقت العقد فليس بشرط لجواز الشركة بالاموال عندنا وعند الشافعى رحمه الله شرط (وجه) قوله ان جهالة قدر رأس المال تؤدى الى جهالة الربح والعلم بمقدار الربح شرط جواز هذا العقد فكان العلم بمقدار رأس المال شرطا (ولنا) ان الجهالة لا تمنع جواز العقد لعينها بل لافضائها الى المنازعة وجهالة رأس المال وقت العقد لا تفضى الى المنازعة لانه يعلم مقداره ظاهرا وغالبا لان الدراهم والدنانير توزنان وقت الشراء فيعلم مقدارها فلا يؤدى الى جهالة مقدار الربح وقت القسمة (وأما) الشركة بالاعمال فاما المفاوضة منها (فمن) شرائطها أهلية الكفالة (ومنها) التساوى فى الاجر (ومنها) مراعاة لفظ المفاوضة لما ذكرنا فى الشركة بالاموال اما العنان منها فلا يشترط لها شئ من ذلك وانما تشترط أهلية التوكيل فقط كذا روى أبو يوسف عن أبى حنيفة رحمهما الله انه قال ما تجوز فيه الوكالة تجوز فيه الشركة وما لا تجوز فيه الوكالة لا تجوز فيه الشركة وعلى هذا تخرج الشركة بالاعمال فى المباحات من الصيد والحطب والحشيش فى البرارى وما يكون فى الجبال من الثمار وما يكون فى الارض من المعادن وما أشبه ذلك بان اشتركا على أن يصيدا أو يحتطبا أو يحتشا أو يستقيا الماء ويبيعانه على ان ما أصاب من ذلك فهو بينهما ان الشركة فاسدة لان الوكالة لا تنعقد على هذا الوجه ألا ترى انه لو وكل رجلا ليعمل له شيأ من ذلك لا تصح الوكالة كذا الشركة فان تشاركا فأخذ كل واحد منهما شيأ من ذلك منفردا كان المأخوذ ملكا له لان سبب ثبوت الملك فى المباحات الاخذ والاستيلاء وكل واحد منهما انفرد بالاخذ والاستيلاء فينفرد بالملك وان أخذاه جميعا معا كان المأخوذ بينهما نصفين لاستوائهما فى سبب الاستحقاق فيستويان فى الاستحقاق فان أخذ كل واحد منهما على الانفراد ثم خلطاه وباعاه فان كان مما يكال أو يوزن يقسم الثمن بينهما على قدر الكيل والوزن وان كان مما لا يكال ولا يوزن قسم الثمن بينهما بالقيمة يضرب كل واحد منهما بقيمة الذى له لان المكيل والموزون من الاشياء المتماثلة فتمكن قسمة الثمن بينهما على قدر الكيل والوزن فاما غير المكيل والموزون من الاشياء المتفاوتة فلا يمكن قسمة الثمن على عينها فيقسم على قيمتها وان لم يعلم الكيل والوزن والقيمة يصدق كل واحد منهما فيما يدعيه الى النصف من ذلك مع اليمين على دعوى صاحبه لان الشئ فى أيديهما واليد دليل الملك من حيث الظاهر والتساوى فى دليل الملك يوجب التساوى فى الملك فان ادعى أكثر من النصف لا يقبل قوله الا ببينة فان عمل أحدهما وأعانه الآخر فى عمله بالجمع والربط فذلك كله للعامل ولا شئ للمعين لوجود السبب من العامل دون المعين وللمعين أجر مثله لا يجاوز به قدر المسمى له من النصف والثلث ونحو ذلك فى قول أبى يوسف وقال محمد له أجر مثله بالغا ما بلغ (اما) وجوب أجر المثل للمعين فلانه استوفى منفعته بعقد فاسد وانه يوجب أجر المثل ثم قال أبو يوسف لا يجاوز به قيمة ما سمى وقاسه على سائر الاجارات الفاسدة لانه لا يزاد على المسمى هناك كذا ههنا والجامع بينهما انه رضى بانه لا يكون له زيادة على المسمى فلا يستحق وصار كمن قال لرجل بع هذا الثوب على ان لك نصف ثمنه فباعه كان له أجر المثل لا يجاوز به نصف الثمن كذا ههنا وفرق محمد بين هذا وبين سائر

الاجارات الفاسدة بان المسمى هناك قدر معلوم من الاجرة فكان الرضا به اسقاطاً لما زاد عليه والمسمى هنا ليس بمعلوم بل هو معدوم لانه ماسمى الا نصف الحطب أو ثلثه والرضا بغير المعلوم لا يتحقق فلم تكن هذه التسمية مسقطة الزيادة على المسمى من أجر مثله وعلى هذا الاختلاف المضاربة الفاسدة اذا ربح المضارب فيها ان له أجر مثله لا يتجاوز به المسمى من الربح فى قول أبى يوسف وان لم يكن له ربح فلا شئ له وعند محمد له أجر مثله بالغاً ما بلغ ربح أولم يربح وستأتى المسئلة فى كتاب المضاربة ولو ان رجلا أجلس فى دكانه رجلا يطرح عليه العمل بالنصف فالقياس ان لا تجوز هذه الشركة لانها شركة العروض لان من أحدهما العمل ومن الآخر الحانوت والحانوت من العروض وشركة العروض غير جائزة وفى الاستحسان جائزة لان هذه شركة الاعمال لانها شركة التقبل وتقبل العمل من صاحب الحانوت عمل وشركة الاعمال جائزة بلا خلاف بين أصحابنا لان مبناها على الوكالة والوكالة على هذا الوجه جائزة بان يوكل خياط أو قصار وكيلا يتقبل له عمل الخياطة والقصارة وكذا يجوز لكل صانع يعمل بأجر أن يوكل وكيلا يتقبل العمل فان كان لهما كلب فارسلاه جميعاً كان ما أصاب بينهما لاستوائهما فى سبب الاستحقاق ولو كان الكلب لاحدهما وكان فى يده فارسلاه جميعاً فما أصاب الكلب فهو لصاحبه خاصة لان ارسال الاجنبى لا عبرة به مع ارسال المالك فكان ملحقاً بالعدم كان المالك أرسله وحده وان كان لكل واحد منهما كلب فأرسل كل واحد منهما كلبه فأصابا صيداً واحداً كان بينهما نصفين لانهما تساويا فى سبب الاستحقاق وان أصاب كلب كل واحد منهما صيداً على حدة كان له خاصة لانه ملكه بفعله فاختص به وعلى هذا يخرج ما اذا اشترك رجلان ولاحدهما بغل وللآخر بعير على أن يؤاجرا ذلك فما رزق الله تعالى من شئ فهو بينهما فآجراهما بأجر معلوم فى عمل معلوم وحمل معلوم ان هذه الشركة فاسدة ويقسم الاجر بينهما على مثل أجر البغل ومثل أجر البعير اما فساد الشركة فلان الوكالة على هذا الوجه لا تصح ألا ترى ان من قال لآخر أجر بعيرك على أن تكون الاجرة بيننا لا تصح الوكالة كذا الشركة ولان الشركة لا تصح فى أعيان الحيوان فكذا فى منافعها وأما قسمة الاجر بينهما على مثل أجر البغل ومثل أجر البعير فلان الشركة اذا فسدت فالاجارة صحيحة لانها وقعت على منافع معلومة ببدل معلوم ومن حكم الاجرة أن تقسم على قيمة المنافع كما يقسم الثمن على قيمة المبيعين المختلفين وان لم يؤاجرا البغل والبعير ولكنهما تقبلا حمولة معلومة ببدل معلوم فحملا الحمولة على ذلك فالاجر بينهما نصفين لان هذه شركة العمل لان الحمل صار مضموناً عليهما بالعقد بمنزلة عمل الخياطة والقصارة فكان البدل بينهما على قدر الضمان وقد تساويا فى الضمان فيتساويا فى الاجرة ولا عبرة بزيادة حمل البعير على البغل كما لا عبرة بكثرة عمل أحد الشريكين فى شركة الصنائع لان البدل يقابل الضمان والبغل والبعير هنا آلة ايفاء العمل ولو آجر البعير بعينه كانت أجرته لصاحبه لا لصاحب البغل وكذا اذا آجر البغل بعينه كانت الاجرة لصاحب البغل لا لصاحب البعير لان العقد وقع على منافع البعير والبغل باذن مالكهما فكانت الاجرة له فان كان الآخر أعانه على الحمولة والنقل ان كان للذى أعانه أجر مثله لانه استوفى منفعة شريكه بعقد فاسد ثم عند أبى يوسف لا يجاوز به نصف الاجر الذى آجر به فى قول أبى يوسف وقال محمد له أجر مثله بالغاً ما بلغ على ماذكرنا فى شركة الاحتطاب قصاران لاحدهما أداة القصارة وللآخر بيت اشتركا على أن يعملا بأداة هذا فى بيت هذا على ان الكسب بينهما نصفان كان ذلك جائزا وكذلك الصاغة والخياطون والصباغون لان الاجر هنا بدل عن العمل لا عن الآلة وقد صار العمل مضموناً عليهما فكان بدله لهما وكان أحدهما معيناً للآخر بنصف الآلة والآخر معيناً له بنصف الدكان وهو نظير المسئلة المتقدمة وهى ان يتقبلا حمولة ويحملاها على دابتهما ولو اشتركا ولاحدهما دابة وللاخرا كاف وجوالقان على ان يؤاجرا الدابة على ان أجرهما بينهما نصفين كانت الشركة فاسدة وأجر الدابة لصاحبها وللآخر معه أجر مثله فى قولهم جميعاً اما فساد الشركة فلماذكرنا ان الوكالة على هذا الوجه لا تصح كذا الشركة واما الاجر فلانه بدل منافع الدابة فكانت لصاحبها وقد استوفى منافع آلة الاخر بعقد فاسد فكان عليه أجر مثلها

ولو

ولو دفع دابة الى رجل ليؤاجرها على ان الاجر بينهما كان ذلك فاسدا والاجر لصاحب الدابة وللآجر أجر مثله وكذلك السفينة والبيت لان الوكالة على هذا الوجه لا تصح فلا تصح الشركة والاجر لصاحب الدابة لان العاقد عقد على ملك غيره بأمره وللرجل أجر مثله لان صاحب الدابة استوفى منافعها بعقد فاسد ولو كان دفع اليه الدابة ليبيع عليها الطعام على ان الربح بينهما نصفان كان فاسدا والربح لصاحب المتاع ولصاحب الدابة أجر مثلها وكذا البيت لان الكسب حصل بعمله وقد استوفى منفعة الدابة بعقد فاسد فكان عليه أجرها ولا يشترط لصحة هذه الشركة اتفاق العمل ويجوز ان اتفقت اعمالها أو اختلفت كالخياط مع القصار ونحو ذلك وهذا قول أصحابنا وقال زفر لا تجوز هذه الشركة الا عند اتفاق الصنعة كالقصارين والخياطين بناء على ان الشركة تجوز بالمالين المختلفين عندنا كذا بالعملين المختلفين وعنده لا تجوز بالمالين المختلفين فكذا بالعملين المختلفين والصحيح قولنا لان استحقاق الاجر فى هذه الشركة بضمان العمل والعمل مضمون عليهما اتفق العملان أو اختلفا والله عز وجل أعلم (وأما) الشركة بالوجوه فشرط المفاوضة منها أن يكونا من أهل الكفالة (ومنها) أن يكون الثمن بمشترك على كل واحد منهما نصفه وان يكون المشترى بينهما نصفين وان يكون الربح بينهما نصفين (ومنها) أن يتلفظا بلفظ المفاوضة لما فصلنا فيما تقدم بتمامه (وأما) شركة العنان منها فلا يشترط لها أهلية الكفالة ولا المساواة بينهما فى ملك المشترى حتى لو اشتركا بوجوههما على أن يكون ما اشتريا أو أحدهما بينهما نصفين أو أثلاثا أو أرباعا وكيف ما شرطا على التساوى والتفاضل كان جائزا وضمان ثمن المشترى بينهما على قدر ملكهما فى المشترى والربح بينهما على قدر الضمان فان شرطا لاحدهما فضل ربح على حصته من الضمان فالشرط باطل ويكون الربح بينهما على قدر ضمانهما ثمن المشترى لان الربح فى هذه الشركة انما يستحق بالضمان فيتقدر بقدر الضمان فاذا شرط لاحدهما أكثر من حصته من الضمان ونصيبه من الملك فهو شرط ملك من غير ربح ولا ضمان فلا يجوز فان قيل الربح كما يستحق بالملك والضمان يستحق بالعمل فجاز أن يستحق زيادة الربح بزيادة العمل كالمضارب والشريك شركة العنان فالجواب ان هذا مسلم اذا كان العمل فى مال معلوم كما فى المضاربة وشركة العنان ولم يوجد هنا فلا يستحق كمن قال لآخر ادفع اليك ألفا مضاربة على أن تعمل فيها بالنصف ولم يعين الالف انه لا تجوز المضاربة لانه لم يشترط العمل فى مال معين

﴿ فصل ﴾ وأما حكم الشركة فاما شركة الاملاك فحكمها فى النوعين جميعاً واحد وهو ان كل واحد من الشريكين كأنه أجنبى فى نصيب صاحبه لا يجوز له التصرف فيه بغير اذنه لان المطلق للتصرف الملك أو الولاية ولا لكل واحد منهما فى نصيب صاحبه ولاية بالوكالة أو القرابة ولم يوجد شئ من ذلك وسواء كانت الشركة فى العين أو الدين لما قلنا ولو كان بين رجلين دين على رجل من ثمن عبد باعاه اياه بألف درهم أو ألف بينهما أقرضاه اياه أو استهلك الرجل عليهما شيأ قيمته ألف درهم أو ورثا دينا لرجل واحد عليه فقبض أحدهما نصيبه أو بعض نصيبه فللآخر أن يشاركه فيأخذ منه نصف ما قبضه والاصل فى هذا ان الدين المشترك الثابت للشريكين بسبب واحد اذا قبض أحدهما شيأ منه فللآخر أن يشاركه فى المقبوض لان المقبوض مقبوض من النصيبين اذ لو جعل لاحدهما لكان ذلك قسمة الدين قبل القبض وانه غير جائز لان معنى القسمة وهو التمييز لا يتحقق فيما فى الذمة فلا يتصور فيه القسمة ولهذا لم تصح قسمة العين من غير تمييز كصبرة من طعام بين شريكين قال أحدهما لصاحبه خذ منها لك هذا الجانب ولى هذا الجانب لا يجوز لانعدام التمييز فاذا لم يصح فى العين من غير تمييز ففى الدين أولى ولان القسمة فيها معنى التمليك لان ما من جزأين الا وأحدهما ملكه والآخر ملك صاحبه فكان نصيب كل واحد منهما بعد القسمة بعض ملكه وبعضه عوضا عن ملكه فكان قسمة الدين تمليك الدين من غير من عليه الدين وانه غير جائز فجعل المقبوض من النصيبين جميعاً لئلا يؤدى الى ما قلنا وكان له أن يأخذ نصف ما قبضه صاحبه بعينه ليس للقابض أن يمنعه عنه بأن يقول أنا أعطيك مثل نصف الدين لان نصف المقبوض مقبوض عن نصيبه فكان عين حقه فلا يملك القابض منعه وسواء كان

المقبوض مثل حقه أو أجود أو أردأ أما اذا كان أجود من حقه فلان الجودة لا عبرة بها فى الجنس الواحد ألا ترى ان
من عليه الردىء اذا أعطى الجيد يجبر صاحب الدين على القبول فكان قبضه قبضاً لعين الحق وان كان أردأ فقبض
الردىء عن الجيد جائز لانه من جنس حقه وما قبض الشريك من شريكه يكون قدر ذلك للقابض ديناً على الغريم
و يكون ما على الغريم بينهما على قدر ذلك من الدين حتى لو كان الدين ألف درهم بينهما فقبض أحدهما خمسمائة فجاء
الشريك فأخذ نصفها كان للقابض ما بقى له على الغريم وذلك مائتان وخمسون وتكون الشركة باقية فى الدين كما
كانت لانه لما أخذ شريكه نصف المقبوض انتقض قبضه فى نصف ما قبض و بقى الباقى من دينه على حاله فان
أخرجه القابض عن يده بان وهبه أو باعه أو قضى ديناً عليه أو استهلكه بوجه من الوجوه فلشريكه أن يضمنه نصف
ما قبض لانه أتلف عليه ما قبضه من نصيبه فكان له أن يضمنه فان لم يقبض أحد الشريكين شيأ ولكن أبرأ الغريم
من حصته جازت البراءة ولا يضمن لشريكه شيأ لانه لم يقبض شيأ من الدين بل أتلف حصته لا غير فلا يضمن
فان أبرأه أحدهما عن مائة درهم ثم خرج من الدين شىء اقتسماه بينهما على قدر مال كل واحد منهما على الغريم فيكون
المقبوض بينهما على تسعة أسهم لان أحدهما لما أبرأ الغريم من مائة درهم بقى له من الدين أربعمائة ولشريكه
خمسمائة فيضربان فى قدر المقبوض بتسعة أسهم وكذلك اذا كانت البراءة بعد القبض قبل أن يقتسما لان القسمة
تقع على قدر حقهما فان اقتسما المقبوض نصفين ثم أبرأ أحدهما الغريم من مائة درهم فالقسمة ماضية ولا ينقض ابراؤه
بعد القسمة شيأ مما اقتسماه لانهما اقتسما وملكهما سواء فزوال المساواة بعد ذلك لا يقدح فى القسمة ولو لم يقبض
أحدهما شيأ ولكن اشترى بنصيبه ثوبا من الغريم فللشريك أن يضمنه نصف ثمن الثواب ولا سبيل له على الثوب
لانه انما اشترى الثوب بثمن فى ذمة الغريم لا بماله فى ذمة الغريم لانه كما اشترى وجب ثمن الثوب فى ذمته وله فى ذمة
الغريم مثله فصار ما فى ذمته قصاصا بدينه فصار كانه قبض نصف الدين فلا يكون له على الثوب سبيل فان اجتمعا
جميعا على الشركة فى الثوب فهو جائز لانه قد وجب عليه نصف ثمنه فاذا سلم له نصفه بذلك و رضى شريكه به صار كانه
باع نصف الثوب منه فان لم يشتر بحصته شيأ ولكن صالحه من حقه على ثوب وقبضه ثم طالبه شريكه بما قبض فان
القابض بالخيار ان شاء سلم اليه نصف الثوب وان شاء أعطاه مثل نصف حقه من الدين والخيار فى ذلك الى القابض
لان الصلح لم يوجب شيأ على المصالح لانه عقد تبرع بمنزلة الهبة والابراء بخلاف الشراء الا أنه قبض ثوبا عن الدين
المشترك فكان له أن يسلم نصفه الى الشريك وله ان يقول أنا أعطيك نصف حقك من الدين لانه لا حق لك فيما زاد
على ذلك وللشريك فى هذه الوجوه كلها أن يسلم للشريك ما قبضه و يرجع بدينه على الغريم لان من حجته أن يقول دينى
قد ثبت عليك بعقد المداينة فتسليمك الى غيرى لا يسقط مالى فى ذمتك فان سلم للشريك ما قبض ثم توى
الذى على الغريم فله أن يرجع على الشريك و يكون الحكم فى هذه الوجوه كلها كالحكم فيما اذا لم يسلم الا وجها واحدا
وهو أنه اذا أراد أن يأخذ من يد صاحبه بعد ما قبض من الدراهم بعينها لم يكن له ذلك ولصاحبه أن يمنعه عنها و يعطيه
مثلها لان المقبوض فى الاصل كان عن حق مشترك وانما سلم به الشريك المقبوض للقابض ليسلم له ما فى ذمة الغريم
فاذا لم يسلم بقى حقه فى المقبوض كما كان الا أنه ليس له فى هذا الوجه ان يرجع الى عين تلك الدراهم لانه أسقط حقه عن
عينها بالتسليم حيث أجاز تملك القابض لها فسقط حقه عن عينها وانما تجدد له ضمان آخر بتواء ماله فثبت ذلك فى ذمة
القابض كسائر الديون فان أخر أحدهما نصيبه لم يجز تأخيره فى قول أبى حنيفة رحمه الله و يجوز عند أبى يوسف
ومحمد ولا خلاف فى انه لا يجوز تأخيره فى نصيب شريكه لانه لم يملكه ولا تولى هذا العقد فيه وأما فى نصيب شريكه
فهو على الخلاف (وجه) قولهما ان نصيبه ملكه فيملك التصرف فيه ولهذا ملك التصرف فيه اسقاطا بالابراء
فالتأخير أولى لانه دونه ولابى حنيفة رحمه الله ان تأخير نصيبه قسمة الدين قبل القبض وانها غير جائزة والدليل على
أن التأخير قسمة الدين انه وجد أثر القسمة وهو انفراد كل واحد من الشريكين بنصيبه على وجه لا يكون للآخر فيه

حق

حق وقسمة الدين قبل القبض لاتجوز لانه لايحتمل معنى القسمة وهو التميز إذ هو اسم للفعل أو لمال حكمى فى الذمة بخلاف الابراء فانه ليس فيه أثر القسمة ومعناها بل هو اتلاف لنصيبه فان قيل قسمة الدين تصرف فى الدين والتأخير ليس تصرفا فى الدين بل فى المطالبة بالاسقاط فالجواب ان التأخير تصرف فى الدين والمطالبة جميعا لانه يوجب تغيير الدين عما كان عليه لان الدين قبله كان على صفة لو قبض أحدهما نصيبه كان للآخر ان يشاركه فيه وبعد التأخير لا يبقى له حق المشاركة مادام الاجل قائما ثم فرع على قولهما فقال اذا قبض الشريك الذى لم يؤخر نصيبه لم يكن للذى أخر ان يشركه فيما قبض حتى يحل دينه فان حل دينه فله ان يشركه ان كان قائما وان كان مستهلكا ضمنه صاحبه لان الاجل يمنع ثبوت المطالبة فلا يكون له حق فى المقبوض فاذا حل صار كانه لم يزل حالا فتثبت له الشركة فان لم يقبض الآخر شيأ حتى حل دين الذى أخر عاد الامر الى ما كان فما قبض أحدهما من شىء يشركه الآخر فيه لان الدين لما حل فقد سقط الاجل فصار كما كان قبل التأجيل ولو كان الدين بين شريكين على امرأة فتزوجها أحدهما على نصيبه من الدين فقد روى بشر عن أبى يوسف ان لشريكه أن يرجع عليه بنصف حقه من ذلك وروى بشر عنه أيضا انه لا يرجع وهو رواية محمد عن أبى يوسف (وجه) الرواية الاولى ان النكاح أوجب المهر فى ذمته وله فى ذمتها مثله فصار قصاصا بدينه فصار كانه قبض نصف الدين فكان له أن يرجع بنصف حقه كما لو اشترى منها ثوبا بنصيبه من الدين (وجه) الرواية الاخرى أن من شرط وجوب الضمان عليه لشريكه أن يسلم له ما يحتمل المشاركة ولم يوجد فلا يضمن لشريكه كما لو أبرأها عن نصيبه ولو استأجر أحد الشريكين الغريم بنصيبه فان شريكه يرجع عليه فى قولهم جميعا لان الاجرة فى مقابلتها بدل مضمون بالعقد فأشبه البيع وكذا الذى سلم له وهو المنفعة قابل للشركة فكان له أن يضمنه وروى بشر عن أبى يوسف ان أحد الطالبين اذا شج المطلوب موضحة عمدا فصالحه على حصته لا يلزمه شىء لشريكه لانه لم يسلم له ما تمكن المشاركة فيه لان الصلح عن جناية عمد ليس فى مقابلته بدل مضمون فلم يسلم ما تصح المشاركة فيه فلا يلزمه شىء واما اذا استهلك أحد الطالبين على المطلوب مالا فصارت قيمته قصاصا بدينه أو اقترض منه شيأ بقدر نصيبه من الدين فلشريكه أن يرجع عليه لان قدر القرض وقيمة المستهلك صار قصاصا بدينه والاقتصاص استيفاء الدين من حيث المعنى فصار كانه استوفى حقه ولو كان وجب للمطلوب على أحد الطالبين دين بسبب قبل أن يجب لهما عليه الدين فصار ما عليه قصاصا بما لاحد الطالبين فلا ضمان على الذى سقط عنه الدين لشريكه لانه ما استوفى الدين بل قضى دينا كان عليه اذ الاصل فى الدينين اذا التقيا قصاصا أن يصير الاول مقضيا بالثانى لانه كان واجب القضاء قبل الثانى واذا لم يكن مستوفيا للدين لم يكن له المشاركة إذ المشاركة تثبت فى القدر المستوفى وذكر ابن سماعة فى نوادره عن محمد لو ان أحد الغريمين اللذين لهما المال قتل عبد المطلوب فوجب عليه القصاص فصالحه المطلوب على خمسمائة درهم كان ذلك جائزا وبرئ من حصة القاتل من الدين وكان لشريك القاتل أن يشركه فيأخذ منه نصف الخمسمائة وكذلك لو تزوج المرأة الغريمة على خمسمائة مرسلة أو استأجر الغريم بخمسمائة مرسلة فرق بين هذا وبين ما اذا صالح على نفس الدين أو تزوج به (ووجه) الفرق ان العقد هنا وهو الصلح والنكاح وقع على ما فى الذمة وانه يوجب المقاصة فكان استيفاء الدين معنى بمنزلة الاستيفاء حقيقة بخلاف الصلح على نفس الدين والتزوج به فان العقد هناك ما وقع على ما فى الذمة مطلقا الا ترى ان العقد هناك أضيف الى نفس الدين فلم تقع المقاصة ولم يسلم له أيضا ما يحتمل الاشتراك فيه فلا يرجع وذكر على بن الجعد عن أبى يوسف انه لو مات المطلوب وأحد الشريكين وارثه وترك مالا ليس فيه وفاء اشتركا بالحصص لان الدين يمنع انتقال الملك الى الورثة لقوله تعالى من بعد وصية يوصى بها أو دين رتب الميراث على الدين فلم ينتقل الملك الى الوارث فلا يسقط دينه وكان دين الوارث والاجنبى سواء ولو أعطى المطلوب لاحدهما رهنا بحصته فهلك الرهن عنده فلشريكه أن يضمنه لان قبض الرهن قبض استيفاء وبهلاك الرهن يصير مستوفيا للدين حكما فكان كالاستيفاء حقيقة ولو غصب أحد الشريكين من

المطلوب عبداً فمات عنده فلشريكه أن يضمنه لانه صار ضامنا لقيمة العبد من وقت الغصب فهلك المغصوب من ذلك الوقت بطريق الظهور والاستناد ولو ذهبت احدى عيني العبد بآفة سماوية فى ضمان الغاصب فرده لم يرجع شريكه عليه بشئ لانه لم يسلم له ما يمكن المشاركة فيه لانه لم يملك المضمون فلا يضمن لشريكه شيأ بخلاف نفس العبد لانه ملكها بالضمان فسلم له ما يمكن المشاركة فيه فيضمن لشريكه وكذلك العبد المرهون اذا ذهبت احدى عينيه بآفة سماوية وكذا لو اشترى احد الشريكين من الغريم عبداً بيعا فاسدا او قبضه فمات فى يده أو باعه أو أعتقه انه يضمن لشريكه كما يضمن فى الغصب ولو ذهبت عينه بآفة سماوية فرده لم يضمن لشريكه شيأ ويجب ذلك عليه من حصته من الدين خاصة والله عز وجل أعلم (وأما) شركة العقود فجملة الكلام فيها انها لا تخلو من أن تكون فاسدة أو صحيحة أما الصحيحة فأما الشركة بالاموال فنبين أحكام العنان منها والمفاوضة وما يجوز لاحد شريكى العنان والمفاوضة ان يعمله فى مال الشركة وما لا يجوز أما العنان فلاحد شريكى العنان أن يبيع مال الشركة لانهما بعقد الشركة اذن كل واحد لصاحبه ببيع مال الشركة ولان الشركة تتضمن الوكالة فيصير كل واحد منهما وكيل صاحبه بالبيع ولان غرضهما من الشركة الربح وذلك بالتجارة وما التجارة الا البيع والشراء فكان اقدامهما على العقد اذنا من كل واحد منهما لصاحبه بالبيع والشراء دلالة وله أن يبيع مال الشركة بالنقد والنسيئة لان الاذن بالبيع بمقتضى الشركة وجد مطلقا ولان الشركة تنعقد على عادة التجار ومن عادتهم البيع نقدا او نسيئة وله أن يبيع بقليل الثمن وكثيره لما قلنا الا بما لا يتغابن الناس فى مثله لان المقصود من العقد وهو الاسترباح لا يحصل به فكان مستثنى من العقد دلالة وذكر القاضى فى شرحه مختصر الطحاوى وجعله على الاختلاف فى الوكالة بالبيع مطلقا انه يجوز عند أبى حنيفة وعندهما لا يجوز ولو باع أحدهما وأجل الآخر لم يجز تأجيله فى نصيب شريكه بالاجماع وهل يجوز فى نصيب نفسه فهو على الخلاف الذى ذكرنا فى الدين المشترك اذا أخر أحدهما نصيبه هذا اذا عقد أحدهما وأجل الآخر فاما اذا عقد أحدهما ثم أجل العاقد فلا خلاف فى أنه يجوز تأجيله فى نصيب نفسه لانه مالك وعاقد وأما فى نصيب شريكه فيجوز تأجيله فى قول أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف لا يجوز والكلام فيه بناء على مسئلة الوكيل بالبيع انه يملك تأخير الثمن والابراء عنه عندهما وعنده لا يملك (ووجه) البناء ظاهر لان العاقد فى نصيب الشريك وكيل عنه وهى من مسائل كتاب الوكالة الا أن هناك اذا أخر يضمن من ماله للموكل عندهما وهنا لا يضمن الشريك العاقد لان الشريك العاقد يملك أن يقايل البيع ثم يبيعه بنسيئة واذا لم يقايل وأخر الدين جاز والوكيل بالبيع لا يملك أن يقايل ويبيع بالنسيئة فاذا أخر يضمن وله يشترى بالنقد والنسيئة لما قلنا فى البيع وهذا اذا كان فى يده مال ناض للشركة وهو الدراهم والدنانير فاشترى بالدراهم والدنانير شيأ نسيئة وكان عنده شئ من المكيل والموزون فاشترى بذلك الجنس شيأ نسيئة فاما اذا لم يكن فى يده دراهم ولا دنانير فاشترى بدراهم أو دنانير شيأ كان المشترى له خاصة دون شريكه لانا لو جعلنا شراءه على الشركة لصار مستدينا على مال الشركة والشريك لا يملك الاستدانة على مال الشركة من غير أن يؤذن له بذلك كالمضارب لانه يصير مال الشركة أكثر مما رضى الشريك بالمشاركة فيه فلا يجوز من غير رضاه وكذلك لو كان عنده عروض فاشترى بالدراهم والدنانير نسيئة لان العروض لا تصلح رأس مال الشركة فكان الشراء بالاثمان استدانة بخلاف ما اذا اشترى بها وفى يده مثلها لان ذلك ليس باستدانة وحكى الحسن بن زياد عن أبى حنيفة انه اذا كان فى يد أحد الشريكين دنانير فاشترى بدراهم جاز وقال زفر لا يجوز بناء على أن زفر يعتبر المجانسة فى رأس مال الشركة حقيقة حتى أبى انعقاد الشركة فى الدراهم مع الدنانير لاختلاف الجنس حقيقة فيصير كانه اشترى بجنس ما فى يده صورة بالدراهم وعنده عروض ونحن نعتبر المجانسة معنى وهو الثمنية وقد تجانسا فى الثمنية فصار كانه اشترى بجنس ما فى يده صورة ومعنى وله أن يبضع مال الشركة لان الشركة تنعقد على عادة التجار والابضاع من عاداتهم ولان له أن يستأجر من يعمل فى البضاعة بعوض فالابضاع أولى لان استعمال البضع فى البضاعة بغير عوض وله أن يودع لان

الايداع من عادة التجار ومن ضرورات التجارة أيضا لانه لا بد للتاجر منه لانه يحتاج الى ذلك عند اعتراض أحوال تقع عادة لان له أن يستحفظ المودع بأجر فبغير أجر أولى وليس له أن يشارك الا أن يؤذن له بذلك لان الشئ لا يستتبع مثله فان شارك رجلا شركة عنان فما اشتراه الشريك فنصفه له ونصفه للشريكين لانه ان كان لا يملك الشركة فى حق الشريك يملك التوكيل وعقد الشركة يتضمن التوكيل فكان نصف ما اشتراه بينهما وان اشترى الشريك الذى لم يشارك فما اشتراه يكون بينه وبين شريكه نصفين ولا شئ للاجنبى فيه لانه لم يوكله فبقى ما اشتراه على حكم الشركة وقال الحسن بن زياد اذا شارك أحد شريكى العنان رجلا شركة مفاوضة بغير محضر من شريكه لم تكن مفاوضة وكانت شركة عنان لان المفاوضة تقتضى فسخ شركة العنان لان المفاوض يجب أن يكون شريكه فى كل المال وذلك لا يصح فى حق شريكه فكان ذلك فسخا للشركة وهو لا يملك الفسخ مع غيبته وان كان بمحضر من صاحبه صحت المفاوضة وذلك ابطال لشركة العنان لانه يملك فسخ الشركة مع حضور صاحبه وليس له أن يخلط مال الشركة بمال له خاصة لان الخلط ايجاب حق فى المال فلا يجوز الا فى القدر الذى رضى به رب المال وهل له أن يدفع مال الشركة مضاربة ذكر محمد فى الاصل عن أبى حنيفة انه له ذلك وروى الحسن عن أبى حنيفة أنه ليس له ذلك (وجه) رواية الحسن ان المضاربة نوع شركة لان رب المال مع المضارب يشتركان فى الربح وهو لا يملك الشركة باطلاق العقد فلا يملك المضاربة (وجه) ظاهر الرواية انه يملك أن يستأجر أجيرا يعمل فى مال الشركة فلأن يملك الدفع مضاربة أولى لان الاجير يستحق الاجر سواء حصل فى الشركة ربح أو لم يحصل والمضارب لا يستحق شيأ بعمله الا اذا كان فى المضاربة ربح فلما ملك الاستئجار فلأن يملك الدفع مضاربة أولى والاستدلال بالشركة غير سديد لان الشركة فوق المضاربة لانها توجب الشركة فى الاصل والفرع والمضاربة توجب الشركة فى الفرع لا فى الاصل والشئ يستتبع ما هو دونه ولا يستتبع ما هو فوقه أو مثله ولهذا لا يملك المضارب أن يدفع المال مضاربة بمطلق العقد لان المضاربة مثل المضاربة ويملك التوكيل لانه دون المضاربة والوكيل لا يملك أن يوكل غيره باطلاق الوكالة لان الوكالة مثل الوكالة وله أن يعمل فى مال الشركة كل ما للمضارب أن يعمله فى مال المضاربة وسنذكره فى كتاب المضاربة ان شاء الله تعالى لان تصرف الشريك أقوى من تصرف المضارب وأعم منه فما كان للمضارب أن يعمل فالشريك أولى وله أن يأخذ مالا مضاربة ويكون ربحه له خاصة لان المضارب يستحق الربح بعمله فيختص به كما لو آجر نفسه وله أن يوكل بالبيع والشراء استحسانا والقياس أن لا يجوز لان شريكه رضى برأيه ولم يرض برأى غيره (وجه) الاستحسان ان الشركة تنعقد على عادة التجار والتوكيل بالبيع والشراء من عاداتهم ولانه من ضرورات التجارة لان التاجر لا يمكنه مباشرة جميع التصرفات بنفسه فيحتاج الى التوكيل فكان التوكيل من ضرورات التجارة بخلاف الوكيل بالشراء لانه لا يملك أن يوكل غيره لانه لا يملك جميع التصرفات بل لا يملك الا الشراء فيمكنه مباشرته بنفسه فلا ضرورة الى أن يوكل غيره ولان الشركة أعم من الوكالة والوكالة أخص منها والشئ يستتبع دونه ولا يستتبع مثله وبخلاف ما اذا كانا شريكين فى خادم أو ثوب خاصة انه ليس لاحدهما أن يوكل رجلا ببيعه وان وكل لم يجز فى حصة صاحبه لان ذلك شركة ملك وكل واحد من الشريكين فى شركة الاملاك أجنبى عن صاحبه محجور عن التصرف فى نصيبه لانعدام المطلق للتصرف وهو الملك والولاية على ما بينا فيما تقدم وله أن يوكل وكيلا ويدفع اليه مالا ويأمره أن ينفق على شئ من تجارتهما والمال من الشركة لما قلنا ان الشريك يملك التوكيل فكان تصرفه كتصرف الموكل فان أخرج الشريك الآخر الوكيل يخرج من الوكالة ان كان فى بيع أو شراء أو اجارة لان كل واحد منهما لما ملك التوكيل على صاحبه ملك العزل عليه ولان الموكل وكيل لشريكه فاذا وكل كان للموكل أن يعزل وكيله وان كان وكيلا فى تقاضى ما داينه فليس للآخر اخراجه لانه لا يملك أن يوكل شريكه فلا يملك أن يعزل وكيله عنه وله أن يستأجر أجيرا لشئ من تجارتهما لان الاجارة من التجارة حتى يملكها المأذون فى التجارة وهو من عادات التجار

أيضا ومن ضرورات التجارة أيضا لان التاجر لا يجد بداً منه ولان المنافع عند ايراد العقد عليها تجرى مجرى الاعيان
فكان الاستئجار بمنزلة الشراء وهو يملك الشراء فيملك الاستئجار والاجر يكون على المستأجر يطالب به دون
شريكه لانه العاقد لا شريكه وحقوق العقد ترجع الى العاقد و يرجع على شريكه بنصف الاجرة لانه وكيله فى العقد
وله أن يرهن متاعاً من الشركة بدين وجب بعقده وهو الشراء وان يرتهن بما باعه لان الرهن ايفاء الدين والارتهان
استيفاؤه وانه يملك الايفاء والاستيفاء فيملك الرهن والارتهان وذكر محمد فى كتاب الرهن اذا رهن أحدهما متاعا من
الشركة بدين عليهما لم يجز وكان ضامنا للرهن ولو ارتهن بدين لهما اداناه وقبض لم يجز على شريكه وذلك محمول على ما
اذا رهن أحدهما بدين عليهما وجب بعقدهما لان الرهن ايفاء وكل واحد منهما لا يملك أن يوفى دين الآخر من ماله الا
بأمره فلا يملك الرهن والارتهان واستيفاء أحدهما لا يملك استيفاء ثمن ما عقده شريكه لنفسه فلا يملك ارتهانه فان هلك
فى يده وقيمته والدين سواء ذهب بحصته لانه قبض الرهن بعقد فاسد والرهن الفاسد يكون مضمونا كالصحيح
فكان مستوفيا حصته من الدين لانه كان يملك استيفاء حصته من الدين قبل الارتهان وان وليه غيره فاذا ارتهنه
بجميع ذلك صار مستوفيا لجميع الدين فيصير مستوفيا حصته صورة فذهب الرهن بحصته وشريكه بالخيار ان شاء
رجع بحصته على المطلوب و يرجع المطلوب بنصف قيمة الرهن على المرتهن وان شاء ضمن شريكه حصته من الدين
لان قبض الرهن قبض استيفاء الدين فاذا هلك فى يده تقرر استيفاء كل الدين ومن استوفى كل الدين المشترك بغير
اذن شريكه كان لشريكه أن يرجع على الغريم بحصته و يرجع الغريم على القابض بما قبضه لانه انما سلم اليه ليملك ما فى
ذمته بما سلم ولم يملك فكان له أن يرجع كذا هنا للمطلوب أن يرجع بنصف قيمة الرهن على المرتهن وان شاء الشريك
رجع عليه بنصف دينه لما ذكرنا ان أحد الشريكين اذا استوفى الدين المشترك كله كان للشريك الآخر أن يرجع عليه
بنصيبه وطريق ذلك ان نصف المقبوض وقع للقابض ولشريكه أن يشاركه فيه ومتى شاركه فيه فللقابض أن
يرجع على المطلوب بذلك ثم يشاركه فى ذلك أيضا هكذا يستوفى هو و يشاركه الآخر الى أن يستوفيا الدين طعن
عيسى بن أبان فى هذه المسألة وقال يجب أن لا يضمن الشريك نصيب شريكه لان محمدا قال لو قال رجل لرجل اعطنى
رهنا بدين فلان الذى عليك فان أجازه جاز وان لم يجزه فلا ضمان على فأعطاه وهلك الرهن فى يده لم يضمن
وهذا الطعن فى غير موضعه لان ذلك الرجل جعل الرهن فى يد العدل لانه لما أخذ رهنا لغيره وشرط أن لا ضمان عليه فقد
صار عدلا وهلاك الرهن فى يد العدل لا يوجب الضمان لان قبضه ليس بقبض استيفاء وههنا انما قبضه للاستيفاء
والرهن المقبوض للاستيفاء مضمون فلم يصح الطعن وله أن يحتال لان الحوالة من أعمال التجارة لان التاجر يحتاج
اليها لاختلاف الناس فى الملاءة والافلاس وكون بعضهم أملأ من بعض وفى العادة يختار الاملأ فالاملأ فكانت
الحوالة وسيلة الى الاستيفاء فكانت فى معنى الرهن فى التوثق للاستيفاء ولان الاحتيال تمليك ما فى الذمة بمثله
فيجوز كالصرف وحقوق عقد تولاه أحدهما ترجع الى العاقد حتى لو باع أحدهما لم يكن للآخر أن يقبض شيأ من
الثمن وكذلك كل دين لزم انسانا بعقد وليه أحدهما ليس للآخر قبضه وللمديون أن يمتنع من دفعه اليه كالمشترى
من الوكيل بالبيع له أن يمتنع عن دفع الثمن الى الموكل لان القبض من حقوق العقد وحقوق العقد تعود الى العاقد لان
المديون لم يلتزم الحقوق للمالك وانما التزمها العاقد فلا يلزمه ما لم يلتزمه الا بتوكيل العاقد فان دفع الى الشريك من غير
توكيل برئ من حصته ولم يبرأ من حصة الداين وهذا استحسان والقياس أن لا يبرأ الدافع (وجه) القياس ان
حقوق العقد لا تتعلق بالقابض بل هو أجنبى عنها وانما تتعلق بالعاقد فكان الدافع الى القابض بغير حق فلا يبرأ (وجه)
الاستحسان أنه لا فائدة فى نقض هذا القبض اذ لو نقضناه لاحتجنا الى اعادته لان المديون يلزمه دفعه الى العاقد
والعاقد يرد حصة الشريك اليه فلا يفيد القبض ثم الاعادة فى الحال وهذا على القياس والاستحسان فى الوكيل
بالبيع اذا دفع المشترى الثمن الى الموكل من غير اذن الوكيل لا يطالب الشريك بتسليم المبيع لما قلنا وليس

لاحدهما ان يخاصم فيما ادانه الآخر أو باعه والخصومة للذى باع وعليه ليس على الذى لم يل من ذلك شىء فلا يسمع عليه بينة فيه ولا يستحلف وهو والاجنبي فى هـذا سواء لان الخصومة من حقوق العقد وحقوق العقد تتعلق بالعاقد ولو اشترى أحدهما شيأ لا يطالب الآخر بالثمن وليس للشريك قبض المبيع لما قلنا وللعاقد أن يوكل وكيلا بقبض الثمن والمبيع فيما اشترى و باع لما ذكرنا فيما تقدم ولاحـدهما ان يقايل فيما باعه الآخر لان الاقالة فيها معنى الشراء وأنه يملك الشراء على الشركة فيملك الاقالة وما باعه أحـدهما أو اشترى فظهر عيب لا يرد الآخر بالعيب ولا يرد عليه لان الرد بالعيب من حقوق العقد وانها ترجع الى العاقد والرجوع بالثمن عند استحقاق المبيع على البائع لانه العاقـد فان أقر أحدهما بعيبه فى متاع جاز اقراره عليه وعلى صاحبه قال الكرخى وهذا قياس قول أبى حنيفة وزفر وأبى يوسف رحمهم الله وفرق بين هـذا و بين الوكيل اذا أقر بالعيب فرد القاضى المبيع عليه أنه لا ينفذ اقراره على الموكل حتى يثبت بالبينة لان موجب الاقرار بالعيب ثبوت حق الرد عليه ولاحـد الشريكين أن يقايل فيما باعـه الآخر لان الاقالة فيها معنى الشراء وأنه يملك الشراء الى أن يسـترد المبيع و يقبل العقد والوكيل لا يملك ذلك فان باع أحدهما متاعا من الشركة فرد عليه فقبله بغير قضاء القاضى جاز عليهما لان قبول المبيع بالتراضى من غير قضاء بمنزلة شراء مبتدأ بالتعاطى وكل واحـد منهما يملك أن يشترى ما باعـه على الشركة وكذا القبول من غـير قضاء القاضى بمنزلة الاقالة واقالة أحـدهما تنفذ على الآخر وكذا الوحط من ثمنـه أو أخر ثمنه لاجـل العيب فهو جائز لان العيب يوجب الرد ومن الجائز أن يكون الصلح والحط أنفع من الرد فكان له ذلك وان حط من غير علة أو أمر يخاف منه جاز فى حصته ولم يجز فى حصة صاحبه لان الحط من غـير عيب تبرع والانسان يملك التبرع من مال نفسه لا من مال غـيره وكذلك لو وهب لان الهبة تبرع ولكل واحـد منهما أن يبيع ما اشتراه وما اشترى صاحبه مرابحة على ما اشترياه لان كل واحد منهما وكيل صاحبه بالشراء والبيع والوكيل بالبيع يملك البيع مرابحة وهل لاحدهما أن يسافر بالمال من غير رضا صاحبه ذكر الكرخى أنه ليس له ذلك والصحيح من قول أبى يوسف ومحمد ان له ذلك وكذا المضارب والمبضع والمودع لهم أن يسافروا وروى عن أبى حنيـفة رحمـه الله انه ليس للشريك والمضارب أن يسافر وهو قول أبى يوسف وروى عن أبى يوسف ان له المسافرة الى موضع لا يبيت عن منزله وروى عنه يسافر أيضاً بما لا حمل له ولا مؤنة ولا يسافر بما له حمل ومؤنة (وجه) ظاهر قول أبى يوسف ان السفر له خطر فلا يجوز فى ملك الغير الا باذنه (وجـه) الرواية التى فرق فيها بين القريب والبعيد انه اذا كان قريبا بحيث لا يبيت عن منزله كان فى حكم المصر (وجه) الرواية التى فرق فيها بين ماله حمـل ومؤنة وما ليس له حمل ومؤنة ان ماله حمل اذا احتاج شريكه الى رده يلزمه مؤنة الرد فيتضرر به ولا مؤنة تلزمه فيما لا حمل له (وجـه) قول أبى حنيفة ومحمد ان الاذن بالتصرف يثبت مقتضى الشركة وانها صـدرت مطلقة عن المكان والمطلق يجرى على اطلاقه الا الدليل ولهذا اجاز للمودع أن يسافر على أنه فى معنى المودع لانه مؤتمن فى مال الشركة كالمودع فى مال الوديعة مع ما ان الشريك يملك أمراً زائداً لا يملكه المودع وهو التصرف فلما ملك المودع السفر فلأن يملكه الشريك أولى وقول أبى يوسف ان المسافرة بالمال مخاطرة به مسلم اذا كان الطريق مخوفا (فاما) اذا كان أمناً فلا خطر فيـه بل هو مباح لان الله سبحانه وتعالى أمر بالابتغاء فى الارض من فضـل الله ورفع الجناح عنه بقوله تعالى عز شأنه فاذا قضيت الصلاة فانتشروا فى الارض وابتغوا من فضل الله وقال عز شأنه ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلا من ربكم مطلقاً من غـير فصل وما ذكر من لزوم مؤنة الرد فيما له حمل ومؤنة فلا يعد ذلك غرامـة فى عادة التجار لان كل مؤنة تلزم تلحق برأس المـال هذا اذا لم يقل كل واحد منهما لصاحبه اعمل فى ذلك برأيك فاما اذا قال ذلك فانه يجوز لكل واحد منهما المسافرة والمضاربة والمشاركة وخلط مال الشركة بمال له خاصة والرهن والارتهان مطلقا لانه فوض الرأى اليه فى التصرف الذى اشتملت عليه الشركة مطلقا واذا سافر أحدهما بالمال وقد أذن له بالسفر أو قيل له اعمل برأيك أو عند اطلاق الشركة على الرواية الصحيحة عن أبى حنيفة ومحمد فله أن ينفق من جملة المال على نفسه فى

كرائه ونفقته وطعامه وادامه من رأس المال روى ذلك الحسن عن أبى حنيفة وقال محمد وهذا استحسان والقياس أن لا يكون له ذلك لان الانفاق من مال الغير لا يجوز الا باذنه نصاً (وجه) الاستحسان العرف والعادة لان عادة التجار الانفاق من مال الشركة والمعروف كالمشروط ولان الظاهر هو التراضى بذلك لان الظاهر ان الانسان لا يسافر بمال الشركة ويلتزم النفقة من مال نفسه لربح يحتمل أن يكون ويحتمل أن لا يكون لانه التزام ضرر للحال لنفع يحتمل أن يكون ويحتمل أن لا يكون فكان اقدامهما على عقد الشركة دليلا على التراضى بالنفقة من مال الشركة ولان كل واحد منهما فى مال صاحبه كالمضارب لان ما يحصل من الربح فهو فرع جميع المال وهو يستحق نصف الربح شائعاً كالمضارب فتكون النفقة من جميع المال كالمضارب اذا سافر بمال نفسه وبمال المضاربة كانت نفقته فى جميع ذلك كذا هذا وقال محمد فان ربحت حسبت النفقة من الربح وان لم يربح كانت النفقة من رأس المال لان النفقة جزء تالف من المال فان كان هناك ربح فهو منه والا فهو من الاصل كالمضارب وما اشتراه أحدهما بغير مال الشركة لا يلزم صاحبه لما ذكرنا انه يصير مستدينا على مال الشركة وصاحبه لم يأذن له بالاستدانة وليس لاحدهما أن يهب ولا أن يقرض على شريكه لان كل واحد منهما تبرع (أما) الهبة فلا شك فيها (وأما) القرض فلانه لا عوض له فى الحال فكان تبرعا فى الحال وهو لا يملك التبرع على شريكه وسواء قال اعمل برأيك أو لم يقل الا ان ينص عليه بعينه لان قوله اعمل برأيك تفويض الرأى اليه فيما هو من التجارة وهذا ليس من التجارة ولو استقرض مالا لزمهما جميعاً لانه تملك مال بالعقد فكان كالصرف فيثبت فى حقه وحق شريكه ولانه ان كان الاستقراض استعارة فى الحال فهو يملك الاستعارة وان كان تملكا يملكه أيضاً وليس له أن يكاتب عبداً من تجارتهما ولا أن يعتق على مال لان الشركة تنعقد على التجارة والكتابة والاعتاق ليسا من التجارة ألا ترى انه لا يملكهما المأذون فى التجارة وسواء قال اعمل برأيك أو لا لما قلنا وليس له أن يزوج عبداً من تجارتهما فى قولهم جميعاً لانه ليس من التجارة وهو ضرر محض فلا يملكه الا باذن نصا وكذلك تزويج الامة فى قول أبى حنيفة ومحمد لانه ليس من التجارة ويجوز عند أبى يوسف والمسئلة تقدمت فى كتاب النكاح ولو أقر بدين لم يجز على صاحبه لان الاقرار حجة قاصرة فلا يصدق فى ايجاب الحق على شريكه بخلاف المفاوضة لان الجواز فى المفاوضة بحكم الكفالة لا بالاقرار وهذه الشركة لا تتضمن الكفالة ولو أقر بجارية فى يده من تجارتهما انها لرجل لم يجز اقراره فى نصيب شريكه وجاز فى نصيبه لما ذكرنا ان اقرار الانسان ينفذ على نفسه لا على غيره لانه فى حق غيره شهادة وسواء كان قال له اعمل برأيك أو لا لان هذا القول يفيد العموم فيما تتضمنه الشركة والشركة لم تتضمن الاقرار وما ضاع من مال الشريك فى يد أحدهما فلا ضمان عليه فى نصيب شريكه فيقبل قول كل واحد من الشريكين على صاحبه فى ضياع المال مع يمينه لانه أمين والله عز وجل أعلم وأما المفاوضة فجميع ما ذكرنا انه يجوز لاحد شريكى العنان أن يفعله وهو جائز على شريكه اذا فعله فيجوز لاحد شريكى المفاوضة أن يفعله واذا فعله فهو جائز على شريكه لان المفاوضة أعم من العنان فلما جاز لشريك العنان فجوازه للمفاوض أولى وكذا كل ما كان شرطاً لصحة شركة العنان فهو شرط لصحة شركة المفاوضة لانها لما كانت أعم من العنان فهو يقتضى شروط العنان وزيادة وكذا ما فسدت به شركة العنان تفسد به شركة المفاوضة لان المفاوضة يفسدها ما لا يفسد العنان لاختصاصها بشرائط لم تشترط فى العنان وقد بينا ذلك فيما تقدم والآن نبين الاحكام المختصة بالمفاوضة التى تجوز للمفاوض ولا تجوز للشريك شركة العنان فنقول وبالله التوفيق يجوز اقرار أحد شريكى المفاوضة بالدين عليه وعلى شريكه ويطالب المقر له ايهما شاء لان كل واحد منهما كفيل عن الآخر فيلزم المقر باقراره ويلزم شريكه بكفالته وكذلك ما وجب على كل واحد منهما من دين التجارة كثمن المشترى فى البيع الصحيح وقيمته فى البيع الفاسد وأجرة المستأجر أو ما هو فى معنى التجارة كالمغصوب والخلاف فى الودائع والعوارى والاجارات والاستهلاكات وصاحب الدين بالخيار ان شاء أخذ هذا بدينه وان شاء أخذ شريكه بحق الكفالة أما دين التجارة

فلانه

فلانه دين لزمه بسبب الشركة لان البيع الصحيح اشتمل عليه عقد الشركة لانه تجارة وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه فيما يلزمه بسبب الشركة ولهذا قالوا ان البينة تسمع فى ذلك على الشريك الذى لم يعقد لان الدين لزمه كما لزم شريكه لانه كفيل عن شريكه والبينة بالدين تسمع على الكفيل كما تسمع على المكفول عنه وكذا البيع الفاسد بدليل ان الامر بالبيع يتناول الصحيح والفاسد وكذا الاجرة لان الاجارة تجارة (وأما) الغصب فلان ضمانه فى معنى ضمان التجارة لان تقرر الضمان فيه يفيد ملك المضمون فكان فى معنى ضمان البيع والخلاف فى الودائع والعوارى والاجارات فى معنى الغصب لانه من باب التعدى على مال الغير بغير اذن مالكه فكان فى معنى الغصب فكان ضمانه ضمان الغصب (وأما) أروش الجنايات والمهر والنفقة وبدل الخلع والصلح عن القصاص فلا يؤاخذ به شريكه لانه ليس بضمان التجارة ولا فى معنى ضمان التجارة أيضاً لانعدام معنى معاوضة المال بالمال رأساً وروى عن أبى يوسف ان ضمان الغصب والاستهلاك لا يلزم الا فاعله لانه ضمان جناية فأشبه ضمان الجناية على بنى آدم والجواب ماذكرنا ان ضمان الغصب وضمان الاتلاف فى غير بنى آدم ضمان معاوضة لانه ضمان يملك به المضمون عوضا عنه بخلاف ضمان الجناية على بنى آدم لانه لا يملك به المضمون فلم يوجد فيه معنى المعاوضة أصلا ولو كفل أحدهما عن انسان فان كفل عنه بمال يلزم شريكه عند أبى حنيفة وعندهما لا يلزم وان كفل بنفس لا يؤخذ بذلك شريكه فى قولهم جميعاً (وجه) قولهما ان الكفالة تبرع فلا تلزم صاحبه كالهبة والصدقة والكفالة بالنفس والدليل على انها تبرع اختصاص جوازها باهل التبرع حتى لا تجوز من الصبى والمكاتب والعبد المأذون وكذا تعتبر من الثلث اذا كان فى حال المرض والشركة لا تنعقد على التبرع ولابى حنيفة رضى الله عنه ان الكفالة تقع تبرعا بابتدائها ثم تصير معاوضة بانتهائها لوجود التمليك والتملك حتى يرجع الكفيل على المكفول عنه بما كفل اذا كانت الكفالة بأمر المكفول عنه فقلنا لا تصح من الصبى والمأذون والمكاتب ويعتبر من الثلث عملا بالابتداء ويلزم شريكه عملا بالانتهاء وحقوق عقد تولاه أحدهما ترجع اليهما جميعا حتى لو باع أحدهما شيأ من مال الشركة يطالب غير البائع منهما بتسليم المبيع كما يطالب البائع ويطالب غير البائع منهما المشترى بتسليم الثمن ويجب عليه تسليمه كالبائع ولو اشترى أحدهما شيأ يطالب الآخر بالثمن كما يطالب المشترى وله أن يقبض المبيع كالمشترى ولو وجد المشترى منهما عيبا بالمبيع فلصاحبه أن يرده بالعيب كالمشترى وله الرجوع بالثمن عند الاستحقاق كالمشترى ولو باع أحدهما سلعة من شركتهما فوجد المشترى بها عيبا فله أن يردها على أيهما شاء ولو انكر العيب فله أن يحلف البائع على البتات وشريكه على العلم ولو أقر أحدهما نفذ اقراره على نفسه وشريكه ولو باعا سلعة من شركتهما ثم وجد المشترى بها عيبا فله أن يحلف كل واحد منهما على النصف الذى باعه على البتات وعلى النصف الذى باعه شريكه على العلم يمين واحدة على العلم فى قول محمد رحمه الله وقال أبو يوسف يحلف كل واحد منهما على البتات فيما باع ويسقط عن كل واحد منهما اليمين على العلم وهما جميعا فى خراج التجارة وضمانها سواء ففعل أحدهما فيها كفعلهما وقول أحدهما كقولهما وهما فى الحقيقة شخصان وفى أحكام التجارة كشخص واحد ولاحدهما أن يكاتب عبد التجارة أو يأذن له بالتجارة لان تصرف كل واحد منهما فيما يعود نفعه الى مال الشركة عام كتصرف الاب فى مال الصغير كذا روى عن محمد انه قال كلما يجوز أن يفعله الانسان فيما لا يملكه فالمفاوض فيه أجوز أمرا ومعناه أن الاب يملك كتابة عبد ابنه الصغير واذنه بالتجارة مع انه لا ملك له فيه رأسا فلأن يملك المفاوض أولى ولا يجوز له أن يعتق شيأ من عبيد التجارة على مال لانه فى معنى التبرع لانه يعتق بمجرد القول ويبقى البدل فى ذمة المفلس قد يسلم له وقد لا يسلم فكان فى معنى التبرع ولهذا لا يملكه الاب فى مال ابنه ولا يجوز له تزويج العبد لانه ضرر محض لان المهر والنفقة يتعلقان برقبته وتنقص به قيمته ويكون ولده لغيره فكان التزويج ضررا محضا فلا يملكه فى ملك غيره ويجوز له أن يزوج الامة لان تزويج الامة نفع محض لانه يستحق المهر والولد ويسقط عنه نفقتها وتصرف المفاوض نافذ فى كل ما يعود نفعه الى مال الشركة سواء

كان من باب التجارة أولا بخلاف الشريك شركة العنان فان نفاذ تصرفه يختص بالتجارة على أصل أبى حنيفة ومحمد وتزويج الامة ليس من التجارة لان التجارة معاوضة المال بالمال ولم يوجد فلا ينفذ وعند أبى يوسف ينفذ كتصرف المفاوض لوجود النفع ويجوز له أن يدفع المال مضاربة لماذكرنا فى الشريك شركة عنان انه يجوز له أن يستأجر من يعمل فى مال الشركة بمال يستحقه الاجير بيقين فالدفع مضاربة أولى لان المضارب لا يستحق الربح منها بيقين لجواز أن يحصل وأن لا يحصل ويجوز له أن يشارك شركة عنان فى قول أبى يوسف ومحمد لان شركة العنان أخص من شركة المفاوضة فكانت دونها فجاز أن تتضمنها المفاوضة كما تتضمن العنان المضاربة لانها دونها فتتبعها ولان الاب يملك ذلك فى مال ابنه فيملك المفاوض على شريكه من طريق الاولى وروى الحسن عن أبى حنيفة انه لا يجوز له ذلك لانه يوجب للشريك الثالث حقا فى مال شريكه وذلك لا يجوز الا باذنه هذا اذا شارك رجلا شركة عنان فأما اذا فاوض جاز عليه وعلى شريكه ذكره محمد فى الاصل وقال أبو يوسف لا يجوز وكذا فى رواية الحسن عن أبى حنيفة (وجه) قول محمد أن عقد المفاوضة عام فيصير تصرف كل واحد منهما كتصرف الآخر ولابى يوسف أن المفاوضة مثل المفاوضة والشئ لا يستتبع مثله ويجوز له أن يرهن ويرتهن على شريكه لان الرهن هو ايفاء والارتهان استيفاء وكل واحد منهما يملك الايفاء والاستيفاء فيما عقده صاحبه ويجوز لكل واحد منهما أن يقتضى ما اداناه أو اداناه صاحبه أو ما وجب لهما من غصب على رجل أو كفالة لان كل واحد منهما كفيل الآخر فيملك أن يستوفى حقوقه بالوكالة وما وجب على أحدهما فلصاحب الدين أن يأخذ كل واحد منهما لان كل واحد منهما كفيل عن الآخر وكل واحد منهما خصم عن صاحبه يطالب بما على صاحبه ويقام عليه البينة ويستحلف على علمه فيما هو من ضمان التجارة لان الكفيل خصم فيما يدعى على المكفول عنه ويستحلف على علمه لانه يمين على فعل الغير وما اشتراه أحدهما من طعام لاهله أو كسوة أو ما لا بد له منه فذلك جائز وهو له خاصة دون صاحبه والقياس أن يكون المشترى مشتركا بينهما لان هذا مما يصح الاشتراك فيه كسائر الاعيان لكنهم استحسنوا أن يكون له خاصة للضرورة لان ذلك مما لا بد منه فكان مستثنى من المفاوضة فاختص به المشترى لكن للبائع أن يطالب بالثمن أيهما شاء وان وقع المشترى للذى اشتراه خاصة لان هذا مما يجوز فيه الاشتراك وكل واحد منهما كفيل عن الآخر ببدل ما يجوز فيه الاشتراك الا أنهم قالوا ان الشريك يرجع على شريكه بنصف ثمن ذلك لانه قضى دينا عليه من ماله لا على وجه التبرع لانه التزم ذلك فيرجع عليه وليس له أن يشترى جارية للوطء أو للخدمة بغير اذن الشريك لان الجارية مما يصح فيه الاشتراك ولا ضرورة تدعو الى الانفراد بملكها فصارت كسائر الاعيان بخلاف الطعام والكسوة فان ثمة ضرورة فأخرجا عن عموم الشركة للضرورة ولا ضرورة فى الجارية فبقيت داخلة تحت العموم فان اشترى ليس له أن يطأها ولا لشريكه لانها دخلت فى الشركة فكانت بينهما فهذه جارية مشتركة بين اثنين فلا يكون لاحدهما أن يطأها فان اشترى أحدهما جارية ليطأها باذن شريكه فهى له خاصة ولم يذكر فى كتاب الشركة ان الشريك يرجع عليه بشئ أولا يرجع وذكر فى الجامع الصغير الخلاف فقال عند أبى حنيفة لا يرجع عليه بشئ من الثمن وعندهما يرجع عليه بنصف الثمن (وجه) قولهما ان الحاجة الى الوطء متحققة فتلحق بالحاجة الى الطعام والكسوة فاذا اشتراها لنفسه خاصة وقعت له خاصة وصارت مستثناة عن عقد الشركة فقد نقد ما ليس بمشترك من مال الشركة فيرجع عليه شريكه بالنصف ولابى حنيفة ان الاصل فى كل ما يحتمل الشركة اذا اشتراه أحد الشركين أن يقع المشترى مشتركا بينهما من غير اذن جديد من الشريك بالشراء الا فيما فيه ضرورة وهو ما لا بد له منه من الطعام والكسوة ولا ضرورة فى الوطء فوقع المشترى على الشركة بالاذن الثابت بأصل العقد من غير الحاجة الى اذن آخر فلم يكن الاذن الجديد من الشريك لوقوع المشترى على الشركة لانه وقع على الشركة بدونه فكان للتمليك كأنه قال اشتر جارية بيننا وقد ملكتك نصيبى منها فكانت الهبة متعلقة بالشراء فاذا اشترى وقبض صحت الهبة كما لو قال ان قبضت مالى على فلان فقد وهبته لك فقبضه يملكه

كذا

كذا هذا واذا كان كذلك فقد نقد ثمن الواقع على الشركة من مال الشركة فلا يرجع على شريكه بشيء فان اشترى جارية للوطء باذن شريكه فاستولدها ثم استحقت فعلى الواطئ العقر يأخذ المستحق بالعقر أيهما شاء (أما) وجوب العقر فلا شك فيه لان وطء ملك الغير في دار الاسلام لا يخلو عن أحد الغرامتين اما الحد واما العقر وقد تعذر ايجاب الحد لمكان الشبهة وهي صورة البيع فيجب العقر وأما ولاية الاخذ من أيهما شاء فلان هذا ضمان وجب بسبب الشراء والضمان الواجب بسبب الشراء يلزم كل واحد منهما كالثمن لان الشراء من التجارة فكان هذا ضمان التجارة بخلاف المهر في النكاح الصحيح والفاسد لانه مال وجب بسبب النكاح والنكاح ليس من التجارة فلا يدخل في الشركة ولو أقال أحدهما في بيع ما باعه الآخر جازت الاقالة عليهما لما ذكرنا ان الاقالة في معنى الشراء وهو يملك الشراء على الشركة فيملك الاقالة ولان الشريك شركة العنان يملك الاقالة فالمفاوض أولى واذا مات أحد المتفاوضين أو تفرقا لم يكن للذي لم يل المداينة أن يقبض الدين لان الشركة بطلت بموت أحدهما لانها وكالة والوكالة تبطل بموت الموكل لبطلان أمره بموته وتبطل بموت الوكيل لتعذر تصرفه فتبطل الشركة فلا يجوز لاحدهما أن يقبض نصيب الآخر اذا لم يكن هو الذي تولى العقد ويجوز قبضه في نصيب نفسه لانه موكل فيه وقبض الوكيل جائز استحسانا (وأما) الذي ولي المداينة فله أن يقبض الجميع لانه ملك ذلك بعقد المداينة لكونه من حقوق العقد فلا يبطل بانفساخ الشركة بموت الشريك كما لا يبطل بالعزل ولو آجر أحدهما نفسه في الخياطة أو عمل من الاعمال فالاجر بينهما نصفان وان آجر نفسه للخدمة فالاجر له خاصة لان في الفصل الاول آجر نفسه في عمل يملك أن يتقبل على نفسه وعلى صاحبه فاذا عمل فقد أوفى ما عليهما فكانت الاجرة بينهما وفي الثاني لا يملك التقبل على صاحبه بل على نفسه خاصة فكانت الاجرة له خاصة وقال أبو حنيفة اذا قضى أحدهما دينا كان عليه قبل المفاوضة فهو جائز لانه اذا قضى فقد صار المقضي دينا على القاضي أولا ثم يصير قصاصا بماله على القاضي فكان هذا تمليكا بعوض فتناوله عقد الشركة فملكه فجاز القضاء وليس لصاحبه سبيل على الذي قبض الدين لما ذكرنا ان قبضه قبض مضمون لانه قبض مال للشريك أن يملكه اياه ويرجع شريكه عليه بحصته منه لانه قضى دين نفسه من مال غيره ولا تنتقض المفاوضة وان ازداد مال أحد الشريكين لان الواجب دين وزيادة مال أحد الشريكين اذا كانت دينا لا توجب بطلان المفاوضة كما لا تمنع انعقادها لما مر ان الدين لا يصلح رأس مال الشركة فاذا استرجع ذلك بطلت المفاوضة لانه ازداد له مال صالح للشركة على مال شريكه ولو رهن أمة من مال المفاوضة بخمسمائة وقيمتها ألف فماتت في يد المرتهن ذهبت بخمسمائة ولا يضمن ما بقي لان الزيادة أمانة في يد المرتهن فكان مودعا في قدر الامانة من الرهن وللمودع والمفاوض أن يودع وكذلك وصي أيتام رهن أمة لهم بأربعمائة عليه وقيمتها ألف فماتت في يد المرتهن ذهبت بأربعمائة وذلك يكون دينا للورثة على الوصي وهو أمين في الفضل وكذلك الاب يرهن أمة ابن له صغير بدين عليه لان الاب والوصي يملكان الايداع والزيادة على قدر الدين من الرهن امانة فكانت وديعة قال الحسن بن زياد قال أبو حنيفة رحمه الله لو أقرض أحد المتفاوضين مالا فأعطاه رجلا ثم أخذ به سفتجة كان ذلك جائزا عليهما ولا يضمن توى المال أو لم يتو وفي قياس قول أبي يوسف ان الذي أقرض وأخذ السفتجة يضمن حصة شريكه من ذلك وهذا فرع اختلافهم في الكفالة ان الكفيل في حكم المقرض فاذا جازت الكفالة عند أبي حنيفة جاز القرض وعند أبي يوسف لا تجوز الكفالة لما فيها من معنى التبرع فكذلك القرض وقالوا في أحد المتفاوضين اذا استأجر ابلا الى مكة ليحج ويحمل عليها متاع بيته فللمؤاجر أن يطالب أيهما شاء بالاجر لان المعقود عليه وهو المنفعة مما يجوز دخوله في الشركة ألا ترى لو أبدله من حمل متاعه فحمل عليها متاع الشركة جاز واذا دخل في الشركة كان البدل عليهما فيطالب به شريكه بحكم الكفالة وان وقع ذلك له خاصة كما لو اشترى طعاما لنفسه ان المشتري يقع له ويطالب الشريك بالثمن كذا هذا ولو آجر أحدهما عبدا له ورثه لم يكن لشريكه أن يقبض الاجارة لانها بدل مال لم يدخل في الشركة فلا يملك قبضه كالدين الذي وجب له بالميراث والله

عز وجل أعلم (وأما) الشركة بالاعمال فأما العنان منها فلكل واحد منهما أن يتقبل العمل ومتى تقبل يجب عليه وعلى شريكه لان كل واحد منهما بعقد الشركة أذن لصاحبه بتقبل العمل عليه فصار وكيله فيه كأنه تقبل العمل بنفسه ولصاحب العمل أن يطالب بالعمل أيهما شاء لوجوبه على كل واحد منهما ولكل واحد منهما أن يطالب صاحب العمل بكل الاجرة لانه قد لزمه كل العمل فكان له المطالبة بكل الاجرة والى أيهما دفع صاحب العمل برئ لانه دفع الى من أمر بالدفع اليه وعلى أيهما وجب ضمان العمل وهو جناية يده كان لصاحب العمل أن يطالب الآخر به استحسانا كذا روى بشر عن أبى يوسف عن أبى حنيفة رضى الله عنهم انه قال اذا جنت يد أحدهما فالضمان عليهما جميعا يأخذ صاحب العمل أيهما شاء بجميع ذلك والقياس أن لا يكون له ذلك (وجه) القياس ظاهر لان هذه شركة عنان لا شركة مفاوضة وحكم الشرع فى شركة العنان أن ما يلزم كل واحد منهما بعقده لا يطالب به الآخر (وجه) الاستحسان ان هذه شركة ضمان فى حق وجوب العمل لان العمل الذى يتقبله أحدهما يجب على الآخر حتى يستحق الاجر به فاذا كانت هذه الشركة مقتضية وجوب العمل على كل واحد منهما كانت مقتضية وجوب ضمان العمل فكانت فى معنى المفاوضة فى حق وجوب الضمان وان لم تكن مفاوضة حقيقة حتى قالوا فى الدين اذا أقر أحدهما بثمن صابون أو اشنان أو غيرهما انه لا يصدق على صاحبه اذا كان المبيع مستهلكا الا باقراره أو بالبينة كذا اذا أقر أحدهما باجر أجير أو حانوت بعد مضى هذه الاجارة وان كان المبيع لم يستهلك ومدة الاجارة لم تمض لزمهما جميعا باقراره وان جحده شريكه كما فى شركة العنان فدل انه ليس لها حكم المفاوضة من جميع الوجوه بل من الوجه الذى بينا خاصة وقال أبو يوسف اذا ادعى على أحدهما ثوبا عندهما فأقر به أحدهما وجحد الآخر جاز الاقرار على الآخر ويدفع الثوب ويأخذ الاجرة قال وهذا استحسان وليس بقياس لانهما ليسا بمتفاوضين حتى يصدق كل واحد منهما على صاحبه بل هما شريكان شركة عنان فلا ينفذ اقراره على صاحبه فيما فى يد صاحبه كشريكى العنان فى المال اذا أقر أحدهما بثوب من شركتهما وجحد الآخر انه لا ينفذ اقراره على صاحبه فى نصيبه كذا هذا وقد روى ابن سماعة عن محمد انه أخذ بالقياس فى هذه المسئلة وقال ينفذ اقراره فى النصف الذى فى يده ولا ينفذ فى النصف الذى فى يد الشريك (ووجهه) ما ذكرنا أن الشئ فى أيديهما والشركة شركة عنان وأحد شريكى العنان اذا أقر بثوب فى أيديهما لا ينفذ على صاحبه وانما استحسنا والحقناها بالمفاوضة فى حق وجوب العمل والمطالبة بالاجرة فى حق وجوب ضمان العمل فبقى الامر فيما وراء ذلك على أصل القياس (وجه) الاستحسان لابى يوسف انه لما ظهر حكم المفاوضة فى هذه الشركة فى حق ضمان العمل وهو وجوبه حتى لزم كل واحد منهما كل العمل ووجب له المطالبة بكل الاجرة وعليه بكل العمل ولزمه ضمان ما حدث على شريكه يظهر فى محل العمل أيضا فينفذ اقراره بمحل العمل على صاحبه وان عمل أحدهما دون الآخر بان مرض أو سافر أو بطل فالاجر بينهما على ما شرطا لان الاجر فى هذه الشركة انما يستحق بضمان العمل لا بالعمل لان العمل قد يكون منه وقد يكون من غيره كالقصار والخياط اذا استعان برجل على القصارة والخياطة انه يستحق الاجر وان لم يعمل لوجود ضمان العمل منه وههنا شرط العمل عليهما فاذا عمل أحدهما يصير الشريك القابل عاملا لنفسه فى النصف ولشريكه فى النصف الآخر ويجوز شرط التفاضل فى الكسب اذا شرط التفاضل فى الضمان بان شرطا لاحدهما ثلثى الكسب وهو الاجر وللآخر الثلث وشرطا العمل عليهما كذلك سواء عمل الذى شرط له الفضل أو لم يعمل بعد أن شرطا العمل عليهما لان استحقاق الاجرة فى هذه الشركة بالضمان لا بالعمل بدليل انه لو عمل أحدهما استحق الآخر الاجر واذا كان استحقاق أصل الاجر باصل ضمان العمل لا بالعمل كان استحقاق زيادة الاجر بزيادة الضمان لا بزيادة العمل وحكى عن الكرخى انه علل فى هذه المسئلة فقال المنافع لا تتقوم الا بالعقد والشريك قد قومها بمقدار ما شرط لنفسه فلا يستحق الزيادة عليه وهذا يشير الى أن الاستحقاق بالعمل ورد عليه الجصاص وقال هذا لا يصح بدليل انه لو شرط فضل الاجر لاقلهما عملا بان شرطا ثلثا الاجرة له جاز فدل

ان

أن استحقاق فضل الاجرة بفضل الضمان لا بفضل العمل ولو شرطا التفاضل فى الاجرة فجعلاها أثلاثا ولم ينسبا العمل الى نصفين فهو جائز لانهما لما شرطا التفاضل فى الكسب ولا يصح ذلك الا بشرط التفاضل فى العمل كان ذلك اشتراطا للتفاضل فى العمل تصحيحا لتصرفهما عند امكان التصحيح ولو شرطا الكسب أثلاثا وشرطا العمل نصفين لم يجز لان فضل الاجرة لا يقابلها مال ولا عمل ولا ضمان والربح لا يستحق الا باحد هذه الاشياء (وأما) الوضيعة فلا تكون بينهما الا على قدر الضمان حتى لو شرطا أن ما يتقبلانه فثلثاه على أحدهما بعينه وثلثه على الآخر والوضيعة بينهما نصفان كانت الوضيعة باطلة والقبالة بينهما على ما شرطا على كل واحد منهما لان الربح اذا انقسم على قدر الضمان كانت الوضيعة على قدر الضمان أيضا لانه لا يجوز اشتراط زيادة الضمان فى الوضيعة فى موضع يجوز اشتراط زيادة الربح فيه لاحدهما وهو الشركة بالاموال حتى لا تكون الوضيعة فيها الا بقدر المال ففى موضع لا يجوز اشتراط زيادة الربح فيه لاحدهما فلأن لا يجوز أن تكون الوضيعة فيه الا على قدر الضمان أولى (وأما) المفاوضة منهما فما لزم أحدهما بسبب هذه الشركة يلزم صاحبه و يطالب به من ثمن صابون أو أشنان أو أجر أجير أو حانوت و يجوز اقرار أحد الشريكين عليه وعلى شريكه بالدين وللمقر له أن يطالب به أيهما شاء لان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فيلزم المقر باقراره والشريك بكفالته ولو ادعى على أحدهما بثوب فى أيديهما فأقر به أحدهما وجحد صاحبه يصدق على صاحبه و ينفذ اقراره عليه (وأما) الشركة بالوجوه فالعنان منها والمفاوضة فى جميع ما يجب لهما وما يجب عليهما وما يجوز فيه فعل أحدهما على شريكه وما لا يجوز بمنزلة شريك العنان والمفاوضة فى الاموال (وأما) الشركة الفاسدة وهى التى فاتها شرط من شرائط الصحة فلا تفيد شيأ مما ذكرنا لان لأحد الشريكين أن يعمله بالشركة الصحيحة والربح فيها على قدر المالين لانه لا يجوز أن يكون الاستحقاق فيها بالشرط لان الشرط لم يصح فألحق بالعدم فبقى الاستحقاق بالمال فيقدر بقدر المال ولا أجر لاحدهما على صاحبه عندنا وقال الشافعى له أجره فيما عمل لصاحبه وهذا غير سديد الا أنه استحق الربح بعمله فلا يستحق الاجر والله عز وجل أعلم

﴿فصل﴾ وأما صفة عقد الشركة فهى انها عقد جائز غير لازم حتى ينفرد كل واحد منهما بالفسخ الا أن من شرط جواز الفسخ أن يكون بحضرة صاحبه أى بعلمه حتى لو فسخ بحضر من صاحبه جاز الفسخ وكذا لو كان صاحبه غائبا وعلم بالفسخ وان كان غائبا ولم يبلغه الفسخ لم يجز الفسخ ولم ينفسخ العقد لان الفسخ من غير علم صاحبه اضرار بصاحبه ولهذا لم يصح عزل الوكيل من غير علمه مع ما أن الشركة تتضمن الوكالة وعلم الوكيل بالعزل شرط جواز العزل فكذا فى الوكالة التى تضمنته الشركة وعلى هذا الاصل قال الحسن بن زياد اذا شارك أحد شريكى العنان رجلا شركة مفاوضة انه ان كان بغير محضر من شريكه لم تكن مفاوضة وان كان بمحضر منه صحت المفاوضة لان المفاوضة مع غيره تتضمن فسخ العنان وهو لا يملك الفسخ عند غيبته و يملك عند حضرته وهل يشترط أن يكون مال الشركة عينا وقت الشركة لصحة الفسخ وهى أن يكون دراهم أو دنانير ذكر الطحاوى انه شرط حتى لو كان مال الشركة عروضا وقت الفسخ لا يصح الفسخ ولا تنفسخ الشركة ولا رواية عن أصحابنا فى الشركة وفى المضاربة رواية وهى ان رب المال اذا نهى المضارب عن التصرف فانه ينظر ان كان مال المضاربة وقت النهى دراهم أو دنانير صح النهى لكن له أن يصرف الدراهم الى الدنانير والدنانير الى الدراهم لانهما فى الثمنية جنس واحد فكانه لم يشتر بها شيأ وليس له أن يشترى بها عروضا وان كان رأس المال وقت النهى عروضا فلا يصح نهيه لانه يحتاج الى بيعها ليظهر الربح فكان الفسخ ابطالا لحقه فى التصرف فجعل الطحاوى الشركة بمنزلة المضاربة و بعض مشايخنا فرق بين الشركة والمضاربة فقال يجوز فسخ الشركة وان كان رأس المال عروضاً ولا يجوز فسخ المضاربة لان مال الشركة فى يد الشريكين جميعاً ولهما جميعاً ولاية التصرف فيملك كل واحد منهما نهى صاحبه عينا كان المال أو عروضاً فاما مال المضاربة ففى يد المضارب و ولاية التصرف له لا لرب المال فلا يملك رب المال نهيه بعد ما صار المال عروضاً

﴿ فصل ﴾ وأبيان ما يبطل به عقد الشركة فما يبطل به نوعان (أحدهما) يعم الشركات كلها (والثانى) يخص البعض دون البعض اما الذى يعم الكل فانواع (منها) الفسخ من أحد الشريكين لانه عقد جائز غير لازم فكان محتملا للفسخ فاذا فسخه أحدهما عند وجود شرط الفسخ ينفسخ (ومنها) موت أحدهما أيهما مات انفسخت الشركة لبطلان الملك وأهلية التصرف بالموت سواء علم بموت صاحبه أو لم يعلم لان كل واحد منهما وكيل صاحبه وموت الموكل يكون عزلا للوكيل علم به أو لم يعلم لانه عزل حكمى فلا يقف على العلم (ومنها) ردة أحدهما مع اللحاق بدار الحرب بمنزلة الموت (ومنها) جنونه جنونا مطبقا لان به يخرج الوكيل عن الولة وجميع ما يخرج به الوكيل عن الوكالة يبطل به عقد الشركة لان الشركة تتضمن الوكالة على نحو ما فصلنا فى كتاب الوكالة (وأما) الذى يخص البعض دون البعض فانواع (منها) هلاك المالين أو أحدهما قبل الشراء فى الشركة بالاموال سواء كان المالان من جنسين أو من جنس واحد قبل الخلط لان الدراهم والدنانير يتعينات فى الشركات فاذا هلكت فقد هلك ما تعلق العقد بعينه قبل ابرام العقد وحصول المعقود به فيبطل العقد بخلاف ما اذا اشترى شيأ بدراهم معينة ثم هلكت الدراهم قبل القبض ان العقد لا يبطل لان الدراهم والدنانير لا يتعينان فى المعاوضات و يتعينان فى الشركات ثم انما لم تتعين الدراهم والدنانير فى المعاوضات وتتعين فى الشركات لانهما جعلا ثمنين شرعا فلو تعينا فى المعاوضات لا نقلبا مثمنين اذ المثمن اسم لعين يقابلها عوض فلو تعينت الدراهم والدنانير فى المعاوضات لكان عينا يقابلها عوض فكان مثمنا فلا يكون ثمنا وفيه تغيير حكم الشرع فلم يتعين وليس فى تعينها فى باب الشركة تغيير حكم الشرع لانها لا يقابلها عند انعقاد الشركة عليهما عوض ولهذا يتعينان فى الهبات والوصايا بخلاف المضاربة والوكالة المفردة عن الشركة أنهما لا يتعينان فى هذين العقدين وان لم يكن التعيين فيهما تغييرا لحكم الشرع وهو جعلهما مثمنين لما لا عوض للحال يقابلهما لان كل واحد من العقدين وضع وسيلة الى الشركة والوسيلة الى الشىء حكمه حكم ذلك الشىء فجعل حكمهما فى حق المنع من تعين الدراهم والدنانير حكم الشراء فلم يتعينا بالعقد والاشارة بل يتعينان بالقبض كما فى الشراء بخلاف الشركة فانها وان وقعت وسيلة الى الشراء لكن لا بد مع هذا من سبب يوجب تعين رأس المال لما مر ولا يمكن جعل القبض معينا لرأس المال لانه لا وجه الى ايجاب القبض فيهما ليتعين رأس المال لان العمل فيهما مشروط من الشريكين وكون العمل مشروطا من رب المال يوجب أن يكون رأس المال فى يده ليمكنه العمل وكون عمل الآخر مشروطا يوجب التسليم اليه ليتمكن من العمل فلا يجب التسليم للتعارض ولا بد من سبب يوجب تعين ما تعلق به العقد وليس وراء القبض الا العقد فاذا لم يمكن ايجاب القبض جعل العقد موجبا تعينهما وان كان وسيلة الى الشراء لكن هذه الضرورة أوجبت استدرا كه بحكم غير حكم ما جعل هو وسيلة له (فاما) فى الوكالة المفردة والمضاربة فعمل رب المال ليس بمشروط بل لو شرط ذلك فى المضاربة لأوجب فسادها فأمكن جعل القبض سبباً للتعيين فلا حاجة الى جعل العقد سببا فلم يوجب العقد التعين الحاقا له بالشراء ثم اذا هلك أحد المالين قبل الشراء هلك من مال صاحبه لان الهالك مال ملكه أحدهما بيقين وانه أمانة فى يد صاحبه فيهلك على صاحبه خاصة بخلاف ما اذا كان رأس المالين من جنس واحد وخلطا ثم هلك انه يهلك مشتركا لانا لا نتيقن ان الهالك مال أحدهما والله عز وجل الموفق (ومنها) فوات المساواة بين رأسى المال فى شركة المفاوضة بالمال بعد وجودها فى ابتداء العقد لان وجود المساواة بين المالين فى ابتداء العقد كما هو شرط انعقاد هذا العقد على الصحة فبقاؤها شرط بقائها منعقدة لانها مفاوضة فى الحالين فلا بد من معناها فى الحالين وعلى هذا يخرج ما اذا تفاوضا والمال مستوى ثم ورث أحدهما مالا تصح فيه الشركة من الدراهم والدنانير وصار ذلك فى يده انه تبطل المفاوضة لبطلان المساواة التى هى معنى العقد وان ورث عروضا لا تبطل وكذا لو ورث ديونا لا تبطل ما لم يقبض الديون لانها قبل القبض لا تصلح رأس مال الشركة وكذا لو ازداد أحد المالين على الآخر قبل الشراء بأن كان

أحدهما دراهم والآخر دنانير فان زادت قيمة أحدهما قبل الشراء بطلت المفاوضة لما قلنا لان عقد الشركة يقف تمامه على الشراء فكان الموجود قبل الشراء كالموجود وقت العقد كالبيع لما كان تمامه بالقبض كان هلاك المبيع قبل القبض كهلاكه وقت العقد والزيادة وقت العقد تمنع من الانعقاد فاذا طرأ عليه يبطله قال محمد وكذلك لو اشترى بأحد المالين ثم ازداد الآخر لان الشركة لا تتم مالم يشتر بالمال فصار كان الزيادة كانت وقت العقد فان زاد المال المشترى فى قيمته كانت المفاوضة بحالها لان تلك الزيادة تحدث على ملكهما لانها ربح فى المال المشترى فلا يفضل أحدهما على الآخر قال محمد رحمه الله القياس اذا اشترى بأحد المالين قبل صاحبه انه تنتقض المفاوضة لان الالف التى لم يشتر بها بقيت على ملك صاحبها وقد ملك صاحبها نصف ما اشتراه الآخر فصار ماله أكثر فينبغى أن تبطل المفاوضة الا انهم استحسنوا وقالوا لا تبطل لان الذى اشترى وجب له على شريكه نصف الثمن دينا فلم يفضل المال فلا تبطل المفاوضة والله عز وجل أعلم

كتاب المضاربة

يحتاج فى هذا الكتاب الى معرفة جواز هذا العقد والى معرفة ركنه والى معرفة شرائط الركن والى معرفة حكمه والى معرفة صفة العقد والى معرفة مايبطل به ومعرفة حكمه اذا بطل والى بيان حكم اختلاف رب المال والمضارب (اما) الاول فالقياس انه لا يجوز لانه استئجار بأجر مجهول بل بأجر معدوم ولعمل مجهول لكنا تركنا القياس بالكتاب العزيز والسنة والاجماع (اما) الكتاب الكريم فقوله عز شأنه وآخرون يضربون فى الارض يبتغون من فضل الله والمضارب يضرب فى الارض يبتغى من فضل الله عز وجل وقوله سبحانه وتعالى فاذا قضيتم الصلاة فانتشروا فى الارض وابتغوا من فضل الله وقوله تعالى ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلا من ربكم (وأما) السنة فما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما انه قال كان سيدنا العباس بن عبد المطلب اذا دفع المال مضاربة اشترط على صاحبه أن لا يسلك به بحرا ولا ينزل به واديا ولا يشترى به دابة ذات كبد رطبة فان فعل ذلك ضمن فبلغ شرطه رسول الله صلى الله عليه وسلم فأجاز شرطه وكذا بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم والناس يتعاقدون المضاربة فلم ينكر عليهم وذلك تقرير لهم على ذلك والتقرير أحد وجوه السنة (وأما) الاجماع فانه روى عن جماعة من الصحابة رضى الله تعالى عنهم انهم دفعوا مال اليتيم مضاربة منهم سيدنا عمر وسيدنا عثمان وسيدنا على وعبد الله بن مسعود وعبد الله بن عمر وعبيد الله ابن عمر وسيدتنا عائشة رضى الله تعالى عنهم ولم ينقل انه أنكر عليهم من أقرانهم أحد ومثله يكون اجماعا وروى ان عبد الله وعبيد الله ابنى سيدنا عمر قدما العراق وأبو موسى الاشعرى أمير بها فقال لهما لو كان عندى فضل لأكرمتكما ولكن عندى مال لبيت المال أدفعه اليكما فابتاعا به متاعا واحملاه الى المدينة وبيعاه وادفعا ثمنه الى أمير المؤمنين فلما قدما المدينة قال لهما سيدنا عمر رضى الله عنه هذا مال المسلمين فاجعلا ربحه لهم فسكت عبد الله وقال عبيد الله ليس لك ذلك لو هلك منا لضمنا فقال بعض الصحابة يا أمير المؤمنين اجعلهما كالمضاربين فى المال لهما النصف ولبيت المال النصف فرضى به سيدنا عمر رضى الله عنه وعلى هذا تعامل الناس من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا فى سائر الاعصار من غير انكار من أحد واجماع أهل كل عصر حجة فترك به القياس ونوع من القياس يدل على الجواز أيضا وهو ان الناس يحتاجون الى عقد المضاربة لان الانسان قد يكون له مال لكنه لا يهتدى الى التجارة وقد يهتدى الى التجارة لكنه لا مال له فكان فى شرع هذا العقد دفع الحاجتين والله تعالى ما شرع العقود الا لمصالح العباد ودفع حوائجهم

﴿ فصل ﴾ وأما ركن العقد فالايجاب والقبول وذلك بألفاظ تدل عليهما فالايجاب هو لفظ المضاربة والمقارضة والمعاملة وما يؤدى معانى هذه الالفاظ بان يقول رب المال خذ هذا المال مضاربة على ان ما رزق الله عز وجل

أو أطعم الله تعالى منه من ربح فهو بيننا على كذا من نصف أو ربع أو ثلث أو غير ذلك من الاجزاء المعلومة وكذا اذا قال مقارضة أو معاملة ويقول المضارب أخذت أو رضيت أو قبلت ونحو ذلك فيتم الركن بينهما اما لفظ المضاربة فصريح مأخوذ من الضرب فى الارض وهو السير فهاسمى هذا العقد مضاربة لان المضارب يسير فى الارض ويسعى فيها لابتغاء الفضل وكذا لفظ المقارضة صريح فى عرف أهل المدينة لانهم يسمون المضاربة مقارضة كما يسمون الاجارة بيعاً ولان المقارضة مأخوذة من القرض وهو القطع سميت المضاربة مقارضة لما ان رب المال يقطع يده عن رأس المال ويجعله فى يد المضارب والمعاملة لفظ يشتمل على البيع والشراء وهذا معنى هذا العقد ولو قال خذ هذا المال واعمل به على ان مارزق الله عز وجل من شئ فهو بيننا على كذا ولم يزد على هذا فهو جائز لانه أتى بلفظ يؤدى معنى هذا العقد والعبرة فى العقود لمعانيها لا لصور الالفاظ حتى ينعقد البيع بلفظ التمليك بلا خلاف وينعقد النكاح بلفظ البيع والهبة والتمليك عندنا وذكر فى الاصل لو قال خذ هذه الالف فابتع بها متاعا فما كان من فضل فلك النصف ولم يزد على هذا فقبل هذا كان مضاربة استحسانا والقياس ان لا يكون مضاربة (وجه) القياس انه ذكر الشراء ولم يذكر البيع ولا يتحقق معنى المضاربة الا بالشراء والبيع (وجه) الاستحسان انه ذكر الفضل ولا يحصل الفضل الا بالشراء والبيع فكان ذكر الابتياع ذكراً للبيع وهذا معنى المضاربة ولو قال خذ هذه الالف بالنصف ولم يزد عليه كان مضاربة استحسانا والقياس أن لا يكون لانه لم يذكر الشراء والبيع فلا يتحقق معنى المضاربة (وجه) الاستحسان انه لما ذكر الاخذ والاخذ ليس عملا يستحق به العوض وانما يستحق بالعمل فى المأخوذ وهو الشراء والبيع فتضمن ذكره ذكر الشراء والبيع ولو قال خذ هذا المال فاشتر به هرويا بالنصف أو رقيقاً بالنصف ولم يزد على هذا شيأ فاشترى كما أمره فهذا فاسد وللمشترى أجر مثل عمله فيما اشترى وليس له أن يبيع ما اشترى الا بأمر رب المال لانه ذكر الشراء ولم يذكر البيع ولا ذكر ما يوجب ذكر البيع ليحمل على المضاربة فحمل على الاستئجار على الشراء بأجر مجهول وذلك فاسد فاذا اشترى كما أمره فالمستأجر استوفى منافعه بعقد فاسد فاستحق أجر مثل عمله وليس له أن يبيع ما اشترى من غير اذن الآمر لانه أمره بالشراء لا بالبيع فكان المشترى له فلا يجوز بيعه من غير اذنه فان باع منه شيأ لا ينفذ بيعه من غير اجازة رب المال ويضمن قيمته ان لم يقدر على عينه لانه صار متلفاً مال الغير بغير اذنه وان أجاز رب المال البيع والمتاع قائم جاز والثمن لرب المال لان عدم الجواز لحقه فاذا أجاز فقد زال المانع وكذلك لو كان لا يدرى حاله انه قائم أو هالك فأجاز لان الاصل هو بقاء المبيع حتى يعلم هلاكه وانما شرط قيام المبيع لانه شرط صحة الاجازة لما عرف ان ما لا يكون محلا لانشاء العقد عليه لا يكون محلا لاجازة العقد فيه وان علم انه هلك فالاجازة باطلة لما ذكرناه وروى بشر عن أبى يوسف فى رجل دفع الى رجل ألف درهم ليشترى بها ويبيع فما ربح فهو بينهما فهذه مضاربة ولا ضمان على المدفوع اليه المال ما لم يخالف لانه لما ذكر الشراء والبيع فقد أتى بمعنى المضاربة وكذلك لو شرط عليه ان الوضيعة على وعليك فهذه مضاربة والربح بينهما والوضيعة على رب المال لان شرط الوضيعة على المضارب شرط فاسد فيبطل الشرط وتبقى المضاربة وروى عن على بن الجعد عن أبى يوسف لو ان رجلا دفع الى رجل ألف درهم ولم يقل مضاربة ولا بضاعة ولا قرضاً ولا شركة وقال ما ربحت فهو بيننا فهذه مضاربة لان الربح لا يحصل الا بالشراء والبيع فكان ذكر الربح ذكراً للشراء والبيع وهذا معنى المضاربة ولو قال خذ هذه الالف على ان لك نصف الربح أو ثلثه ولم يزد على هذا فالمضاربة جائزة قياساً واستحسانا وللمضارب ما شرط وما بقى فلرب المال والاصل فى جنس هذه المسائل ان رب المال انما يستحق الربح لانه نماء ماله لا بالشرط فلا يفتقر استحقاقه الى الشرط بدليل انه اذا فسد الشرط كان جميع الربح له والمضارب لا يستحق الا بالشرط لانه انما يستحق بمقابلة عمله والعمل لا يتقوم الا بالعقد اذا عرف هذا فنقول فى هذه المسئلة اذا سمى للمضارب جزأ معلوما من الربح فقد وجد فى حقه ما يفتقر الى استحقاقه الربح فيستحقه والباقى يستحقه رب المال بماله ولو قال خذ هذا المال

مضاربة على ان لى نصف الربح ولم يزد على هذا فالقياس ان تكون المضاربة فاسدة وهو قول الشافعي رحمه الله
ولكنها جائزة استحسانا و يكون للمضارب النصف (وجه) القياس ان رب المال لم يجعل للمضارب شيأ معلوما من
الربح وانما سمى لنفسه النصف فقط وتسميته لنفسه لغو لعدم الحاجة اليها فكان ذكره والسكوت عنه بمنزلة واحدة
وانما الحاجة الى التسمية فى حق المضاربة ولم يوجد فلا تصح المضاربة (وجه) الاستحسان ان المضاربة تقتضى
الشركة فى الربح فكان تسمية أحد النصفين لنفسه تسمية الباقى للمضارب كأنه قال خذ هذا المال مضاربة على ان
لك النصف كما فى ميراث الابوين فى قوله سبحانه وتعالى فان لم يكن له ولد و ورثه أبواه فلامه الثلث لما كان ميراث
الميت لابويه وقد جعل الله تعالى عز وجل للام منه الثلث كان ذلك جعل الباقى للاب كذا هذا ولو قال على ان لى
نصف الربح ولك ثلثه ولم يزد على هذا فالثلث للمضارب والباقى لرب المال لما ذكرنا ان استحقاق المضارب الربح
بالشرط واستحقاق رب المال لكونه من نماء ماله فاذا سلم المشروط للمضارب بالشرط يسلم المسكوت عنه وهو
الباقى لرب المال لكونه من نماء ماله ولو قال رب المال على ان ما رزق الله عز وجل فهو بيننا جاز ذلك وكان الربح بينهما
نصفين لان البين كلمة قسمة والقسمة تقتضى المساواة اذا لم يبين فيها مقدار معلوم قال الله تعالى عز شأنه ونبئهم أن الماء
قسمة بينهم وقد فهم منها التساوى فى الشرب قال الله سبحانه وتعالى هذه ناقة لها شرب ولكم شرب يوم معلوم هذا
اذا شرط جزء من الربح فى عقد المضاربة لاحدهما اما المضارب واما رب المال وسكت عن الآخر فاما اذا شرط
لهما ولغيرهما بان شرط فيه الثلث للمضارب والثلث لرب المال والثلث لثالث سواهما فان كان الثالث أجنبياً أو كان
ابن المضارب وشرط عليه العمل جاز وكان الربح بينهم أثلاثا وان لم يشرط عليه العمل لم يجز وما شرط له يكون لرب
المال لان الربح لا يستحق فى المضاربة من غير عمل ولا مال وصار المشروط له كالمسكوت عنه وان كان الثالث عبد
المضارب فان كان عليه دين فكذلك عند أبى حنيفة رحمه الله ان شرط عمله لان المضارب لا يملك كسب عبده
فكان كالاجنبى وان لم يشترط عمله فما شرط له فهو لرب المال لما ذكرنا فى الاجنبى وعند أبى يوسف ومحمد المشروط
له يكون للمضارب لان المولى يملك كسبه عندهما كما يملك لو لم يكن عليه دين وان كان الثالث عبد رب المال فهو على
هذا التفصيل أيضاً انه ان كان عليه دين فان شرط عمله فهو كالاجنبى عند أبى حنيفة لان المولى لا يملك اكسابه وان لم
يشترط عمله فما شرط له فهو لرب المال لما قلنا وعندهما ما شرط له فهو مشروط لمولاه عمل أو لم يعمل لان المولى يملك
كسب عبده كان عليه دين أولا فان لم يكن على العبد دين فى عبد المضارب الثلثان للمضارب والثلث لرب المال لانه
اذا لم يكن عليه دين فالملك يثبت للمولى فكان المشروط له مشروطا للمولى وصار كأنه شرط للمضارب الثلثين وفى عبد
رب المال الثلث للمضارب والثلثان لرب المال لان المشروط له يكون مشروطاً لمولاه اذا لم يكن عليه دين فصار كأن
رب المال شرط لنفسه الثلثين وعلى هذا قالوا لو شرط ثلث الربح للمضارب والثلث لقضاء دين المضارب والثلث
لرب المال ان الثلثين للمضارب والثلث لرب المال وكذا لو شرط ثلث الربح للمضارب والثلث لرب المال والثلث
لقضاء دين رب المال ان الثلثين لرب المال والثلث للمضارب لان المشروط لقضاء دين كل واحد منهما مشروط له

﴿ فصل ﴾ وأما شرائط الركن فبعضها يرجع الى العاقدين وهما رب المال والمضارب و بعضها يرجع الى رأس
المال و بعضها يرجع الى الربح (اما) الذى يرجع الى العاقدين وهما رب المال والمضارب فأهلية التوكيل والوكالة لان
المضارب يتصرف بأمر رب المال وهذا معنى التوكيل وقد ذكرنا شرائط أهلية التوكيل والوكالة فى كتاب الوكالة ولا
يشترط اسلامهما فتصح المضاربة بين أهل الذمة و بين المسلم والذمى والحربى المستأمن حتى لو دخل حربى دار
الاسلام بأمان فدفع ماله الى مسلم مضاربة أو دفع اليه مسلم ماله مضاربة فهو جائز لان المستأمن فى دارنا بمنزلة الذمى
والمضاربة مع الذمى مضاربة جائزة فكذلك مع الحربى المستأمن فان كان المضارب هو المسلم فدخل دار الحرب
بأمان فعمل بالمال فهو جائز لانه دخل دار رب المال فلم يوجد بينهما اختلاف الدارين فصار كأنهما فى دار واحدة وان

كان المضارب هو الحربى فرجع الى داره الحربى فان كان بغير اذن رب المال بطلت المضاربة وان كان باذنه فذلك جائز
و يكون على المضاربة ويكون الربح بينهما على ما شرطا ان رجع الى دار الاسلام مسلما أو معاهدا أو بأمان استحسانا
والقياس ان تبطل المضاربة (وجه) القياس انه لما عاد الى دار الحرب بطل أمانه وعاد الى حكم الحرب كما كان فبطل أمر
رب المال عند اختلاف الدارين فاذا تصرف فيه فقد تعدى بالتصرف فملك ما تصرف فيه (وجه) الاستحسان انه
لما خرج بأمر رب المال صار كأن رب المال دخل معه ولو دخل رب المال معه الى دار الحرب لم تبطل المضاربة فكذا
اذا دخل بأمره بخلاف ما اذا دخل بغير أمره لانه لما لم يأذن له بالدخول انقطع حكم رب المال عنه فصار تصرفه لنفسه
فملك الامر به وقد قالوا فى المسلم اذا دخل دار الحرب بأمان فدفع اليه حربى مالا مضاربة بمائة درهم انه على قياس قول
أبى حنيفة ومحمد جائز فان اشترى المضارب على هذا وربح أو وضع فالوضيعة على رب المال والربح على ما اشترط
و يستوفى المضارب مائة درهم والباقى لرب المال وان لم يكن فى المال ربح الا مائة فهى كلها للمضارب وان كان أقل
من مائة فذلك للمضارب أيضا ولا شئ للمضارب على رب المال لان رب المال لم يشترط المائة الا من الربح فاما على
قول أبى يوسف فالمضاربة فاسدة وللمضارب أجر مثله وهذا فرع اختلافهم فى جواز الربا فى دار الحرب لما علم
(وأما) الذى يرجع الى رأس المال فأنواع (منها) أن يكون رأس المال من الدراهم أو الدنانير عند عامة العلماء فلا تجوز
المضاربة بالعروض وعند مالك رحمه الله هذا ليس بشرط وتجوز المضاربة بالعروض والصحيح قول العامة لما ذكرنا
فى كتاب الشركة ان ربح ما يتعين بالتعيين ربح ما لم يضمن لان العروض تتعين عند الشراء بها والمعين غير مضمون حتى
لو هلكت قبل التسليم لا شئ على المضارب فالربح عليها يكون ربح ما لم يضمن ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم
عن ربح ما لم يضمن وما لا يتعين يكون مضمونا عند الشراء به حتى لو هلكت العين قبل التسليم فعلى المشترى به ضمانه
فكان الربح على ما فى الذمة فيكون ربح المضمون ولان المضاربة بالعروض تؤدى الى جهالة الربح وقت القسمة لان
قيمة العروض تعرف بالحزر والظن وتختلف باختلاف المقومين والجهالة تفضى الى المنازعة والمنازعة تفضى الى الفساد
وهذا لا يجوز وقد قالوا انه لو دفع اليه عروضا فقال له بعها واعمل بثمنها مضاربة فباعها بدراهم أو دنانير وتصرف فيها جاز
لانه لم يضف المضاربة الى العروض وانما أضافها الى الثمن والثمن تصح به المضاربة فان باعها بمكيل أو موزون جاز البيع
عند أبى حنيفة بناء على أصله فى الوكيل بالبيع مطلقا أنه يبيع بالأثمان وغيرها الا أن المضاربة فاسدة لانها صارت
مضافة الى ما لا تصح المضاربة به وهو الحنطة والشعير وأما على أصلهما فالبيع لا يجوز لان الوكيل بالبيع مطلقا لا يملك
البيع بغير الاثمان ولا تفسد المضاربة لانها لم تصر مضافة الى ما لا يصلح به رأس مال المضاربة (وأما) تبر الذهب
والفضة فقد جعله فى هذا الكتاب بمنزلة العروض وجعله فى كتاب الصرف بمنزلة الدراهم والدنانير والامر فيه
موكول الى التعامل فان كان الناس يتعاملون به فهو بمنزلة الدراهم والدنانير فتجوز المضاربة به وان كانوا لا يتعاملون به
فهو كالعروض فلا تجوز المضاربة به (وأما) الزيوف والنبهرجة فتجوز المضاربة بها ذكره محمد رحمه الله لانها
تتعين بالعقد كالجياد (وأما) الستوقة فان كانت لا تروج فهى كالعروض وان كانت تروج فهى كالفلوس وذكر
ابن سماعة عن أبى يوسف فى الدراهم التجارية لا يجوز المضاربة بها لانها كسدت عندهم وصارت سلعة قال ولو
أجزت المضاربة بها أجزتها بالطعام لانهم يتبايعون بالحنطة كما يتبايع غيرهم بالفلوس (وأما) الفلوس فقد ذكرنا
الكلام فيها فى كتاب الشركة فالحاصل أن فى جواز المضاربة بها روايتين عن أبى حنيفة ذكر محمد فى المضاربة
الكبيرة فى الجامع الصغير وقال لا تجوز المضاربة الا بالدراهم والدنانير عند أبى حنيفة وروى الحسن عنه أنها تجوز
والصحيح من مذهب أبى يوسف أنها لا تجوز وعند محمد تجوز بناء على أن الفلوس لا تتعين بالتعيين عنده فكانت أثمانا
كالدراهم والدنانير وعند أبى حنيفة وأبى يوسف تتعين فكانت كالعروض (ومنها) أن يكون معلوما فان كان مجهولا
لا تصح المضاربة لان جهالة رأس المال تؤدى الى جهالة الربح وكون الربح معلوما شرط صحة المضاربة (ومنها)

أن يكون رأس المال عينا لا دينا فان كان دينا فالمضاربة فاسدة وعلى هذا يخرج ما اذا كان لرب المال على رجل دين فقال له اعمل بديني الذى فى ذمتك مضاربة بالنصف أن المضاربة فاسدة بلا خلاف فان اشترى هذا المضارب وباع فله ربحه وعليه وضيعته والدين فى ذمته بحال عند أبى حنيفة وعندهما ما اشترى وباع لرب المال له ربحه وعليه وضيعته بناء على أن من وكل رجلا يشترى له بالدين الذى فى ذمته لم يصح عند أبى حنيفة حتى لو اشترى لا يبرأ عما فى ذمته عنده واذا لم يصح الامر بالشراء بما فى الذمة لم تصح اضافة المضاربة الى ما فى الذمة وعندهما يصح التوكيل ولكن لا تصح المضاربة لان الشراء يقع للموكل فتصير المضاربة بعد ذلك مضاربة بالعروض لانه يصير فى التقدير كانه وكله بشراء العروض ثم دفعه اليه مضاربة فتصير مضاربة بالعروض فلا تصح ولو قال لرجل اقبض مالى على فلان من الدين واعمل به مضاربة جاز لان المضاربة هنا أضيفت الى المقبوض فكان رأس المال عينا لا دينا ولو أضاف المضاربة الى عين هى أمانة فى يد المضارب من الدراهم والدنانير بان قال للمودع أو المستبضع اعمل بما فى يدك مضاربة بالنصف جاز ذلك بلا خلاف وان أضافها الى مضمونة فى يده كالدراهم والدنانير المغصوبة فقال للغاصب اعمل بما فى يدك مضاربة بالنصف جاز ذلك عند أبى يوسف والحسن بن زياد وقال زفر لا يجوز (وجه) قوله أن المضاربة تقتضى كون المال أمانة فى يد المضارب والمغصوب مغصوب فى يده فلا يتحقق التصرف للمضاربة فلا يصح ولابى يوسف أن ما فى يده مضمون الى ان يأخذ فى العمل فاذا أخذ فى العمل وهو الشراء تصير أمانة فى يده فيتحقق معنى المضاربة فتصح وسواء كان رأس المال مفروزا أو مشاعا بان دفع مالا الى رجل بعضه مضاربة وبعضه غير مضاربة مشاعا فى المال فالمضاربة جائزة لان الاشاعة لا تمنع من التصرف فى المال فان المضارب يتمكن من التصرف فى المشاع وكذا الشركة لا تمنع المضاربة فان المضارب اذا ربح يصير شريكا فى المال ويجوز تصرفه بعد ذلك على المضاربة فاذا لم يمنع البقاء لا يمنع الابتداء وعلى هذا يخرج ما اذا دفع الى رجل ألف درهم فقال نصفها عليك قرض ونصفها مضاربة ان ذلك جائز أما جواز المضاربة فلما قلنا وأما جواز القرض فى المشاع وان كان القرض تبرعا والشياع يمنع صحة التبرع كالهبة فلان القرض ليس بتبرع مطلق لانه وان كان فى الحال تبرعا لانه لا يقابله عوض للحال فهو تمليك المال بعوض فى الثانى الا ترى ان الواجب فيه رد المثل لا رد العين فلم يكن تبرعا من كل وجه فلا يعمل فيه الشيوع بخلاف الهبة فانها تبرع محض فعمل الشيوع فيها واذا جاز القرض والمضاربة كان نصف الربح للمضارب لانه ربح ملكه وهو القرض ووضيعته عليه والنصف الآخر بينه وبين رب المال على ما شرطا لانه ربح مستفاد بمال المضاربة ووضيعته على رب المال ولا تجوز قسمة أحدهما دون صاحبه لانه مال مشترك بينهما فلا ينفرد أحد الشريكين بقسمته قالوا ولو كان قال له خذ هذه الالف على أن نصفها قرض عليك على أن تعمل بالنصف الآخر مضاربة على أن الربح لى فهذا مكروه لانه شرط لنفسه منفعة فى مقابلة القرض وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن قرض جر نفعا فان عمل على هذا فربح أو وضع فالربح بينهما نصفان وكذا الوضيعة (أما) الربح فلان المضارب ملك نصف المال بالقرض فكان نصف الربح له والنصف الآخر بضاعة فى يده فكان ربحه لرب المال (وأما) الوضيعة فلانها جزء هالك من المال والمال مشترك فكانت الوضيعة على قدره ولو قال خذ هذه الالف على أن نصفها مضاربة بالنصف ونصفها هبة فقبضها المضارب على ذلك غير مقسوم فالهبة فاسدة لانها هبة المشاع فيما يحتمل القسمة فان عمل فى المال فربح كان نصف الربح للمضارب حصة الهبة ونصف الربح بينهما على ما شرطا والوضيعة عليهما أما نصف الربح للمضارب حصة الهبة فلانه يثبت الملك له فيه اذا قبض بعقد فاسد فكان ربحه له وأما النصف الآخر فانما يكون ربحه بينهما على الشرط لانه استفيد بمال المضاربة مضاربة صحيحة (وأما) كون الوضيعة عليهما فلانها جزء هالك من المال والمال مشترك فان هلك المال فى يد المضارب قبل أن يعمل أو بعد ما عمل فهو ضامن لنصف المال وهو الهبة لانه مقبوض بعقد فاسد فكان مضمونا عليه كالمقبوض ببيع فاسد ولو كان دفع نصف المال بضاعة ونصفه مضاربة

فقبضه المضارب على ذلك فهو جائز والمال على ماسميا من المضاربة والبضاعة والوضيعة على رب المال ونصف الربح لرب المال ونصفه على ماشرطا لان الاشاعة لا تمنع من العمل فى المال مضاربة وبضاعة وجازت المضاربة والبضاعة وانما كانت الوضيعة على رب المال لانه لاضمان على المبضع والمضارب فى البضاعة والمضاربة وحصة البضاعة من الربح لرب المال خاصة لان المبضع لا يستحق الربح وحصة المضاربة بينهما على ماشرطا لانه ربح حصل من مال المضاربة والمضاربة قد صحت فيكون بينهما على الشرط ولو دفع اليه على أن نصفها وديعة فى يد المضارب ونصفها مضاربة بالنصف فذلك جائز والمال فى يد المضارب على ماسميا لان كل واحد منهما أعنى الوديعة والمضاربة أمانة فلا يتنافيان فكان نصف المال فى يد المضارب وديعة ونصفه مضاربة الا أن التصرف لا يجوز الا بعد القسمة لان كل جزء من المال بعضه مضاربة وبعضه وديعة والتصرف فى الوديعة لا يجوز فان قسم المضارب المال نصفين ثم عمل باحد النصفين على المضاربة فربح أووضع فالوضيعة عليه وعلى رب المال نصفان ونصف الربح للمضارب ونصفه على ماشرطا لان قسمة المضارب المال لم تصح لان المالك لم يأذن له فيها فاذا افرز بعضه فقد تصرف فى مال الوديعة ومال المضاربة فما كان فى حصة الوديعة فهو غصب فيكون ربحه للغاصب وما كان فى حصة المضاربة فهو على الشرط ومن هذا الجنس ما اذا دفع الى رجل متاعا فباع نصفه من المدفوع اليه بخمسمائة ثم أمره أن يبيع النصف الباقى ويعمل بالثمن كله مضاربة على أن مارزق الله تعالى من شئ فهو بيننا نصفان فباع المضارب نصف المتاع بخمسمائة ثم عمل بها وبالخمسمائة التى عليه فربح فى ذلك أووضع فالوضيعة عليهما نصفان والربح بينهما نصفان فى قياس قول أبى حنيفة رحمه الله لان من مذهبه أن من كان له على رجل دين فأمره أن يشترى له بذلك الدين شيأ لا يصح والمشترى يكون للمأمور لا للآمر ويكون الدين على المأمور حالة واذا كان كذلك فههنا أمران يعمل بالدين وبنصف ثمن المباع فما ربح فى حصة الدين فهو للمدفوع اليه لانه تصرف فى ملك نفسه فيكون ربحه له وما ربح فى نصيب الدافع فهو للدافع والوضيعة عليهما لان المال مشترك بينهما فكان الهالك بينهما (وأما) فى قياس قول أبى يوسف ومحمد فمقدار ماربح فى الخمسمائة التى أمره أن يبيع نصف المتاع بها فهو بينهما نصفان على ماشرطا وما ربح فى النصف الذى عليه من الدين يكون لرب المال لان من أصلهما أن الامر بالشراء بالدين يصح وتكون المضاربة فاسدة لانه اذا اشترى صار عروضا والمضاربة بالعروض لا تصح فصارت المضاربة ههنا جائزة فى النصف فاسدة فى النصف فالربح فى الصحيحة يكون بينهما على الشرط وفى الفاسدة يكون لرب المال ولو شرط الدافع لنفسه الثلث وللمضارب الثلثين والمسئلة بحالها فان فى قول أبى حنيفة ثلثا الربح للمضارب على ما اشترطا نصف الربح من نصيب المضارب خاصة والسدس من نصيب الدافع كأنه قال له اعمل فى نصيبك على ان الربح لك واعمل فى نصيبى على ان لك ثلث الربح من نصيبى (واما) على قياس قولهما فقد دفع اليه نصفه مضاربة جائزة ونصفه مضاربة فاسدة فما ربح فى النصف الذى كان دينا فهو لرب المال لانه مضاربة فاسدة وماربح فى النصف الذى هو ثمن المتاع فالربح بينهما على ماشرطا فصار لرب المال ثلثا الربح وللمضارب الثلث وان كان شرط لرب المال ثلثى الربح والمضارب الثلث فالربح بينهما نصفان فى قول أبى حنيفة لان رب المال شرط النصف من نصيب نفسه والزيادة من نصيب المضارب وشرط الزيادة من غير عمل ولا رأس مال باطل فيكون الربح على قدر المال وفى قياس قولهما نصف الربح لرب المال خاصة لان المضاربة فيه فاسدة وللمضارب ثلث ربح النصف الآخر (ومنها) تسليم رأس المال الى المضارب لانه أمانة فلا يصح الا بالتسليم وهو التخلية كالوديعة ولا يصح مع بقاء يد الدافع على المال لعدم التسليم مع بقاء يده حتى لو شرط بقاء يد المالك على المال فسدت المضاربة لما قلنا فرق بين هذا وبين الشركة فانها تصح مع بقاء يد رب المال على ماله والفرق أن المضاربة انعقدت على رأس مال من أحد الجانبين وعلى العمل من الجانب الآخر ولا يتحقق العمل الا بعد خروجه من يد رب المال فكان هذا شرطاً موافقا مقتضى العقد بخلاف الشركة لانها انعقدت على العمل من الجانبين فشرط زوال يد رب المال عن العمل يناقض

مقتضى العقد وكذا لوشرط فى المضاربة عمل رب المال فسدت المضاربة سواء عمل رب المال معه أولم يعمل لان شرط عمله معه شرط بقاء يده على المال وأنه شرط فاسد ولو سلم رأس المال الى رب المال ولم يشترط عمله ثم استعان به على العمل أو دفع اليه المال بضاعة جاز لان الاستعانة لا توجب خروج المال عن يده وسواء كان المالك عاقداً أو غير عاقد لا بد من زوال يد رب المال عن ماله لتصح المضاربة حتى ان الاب أو الوصى اذا دفع مال الصغير مضاربة وشرط عمل الصغير لم تصح المضاربة لان يد الصغير باقية لبقاء ملكه فتمنع التسليم وكذلك أحد شريكى المفاوضة أو العنان اذا دفع مالا مضاربة وشرط عمل شريكه مع المضارب لان لشريكه فيه ملكا فيمنع التسليم (فاما) العاقد اذا لم يكن مالكا للمال فشرط أن يتصرف فى المال مع المضارب فان كان ممن يجوز أن يأخذ مال المالك مضاربة لم تفسد المضاربة كالاب والوصى اذا دفعا مال الصغير مضاربة وشرطا أن يعملا مع المضارب بجزء من الربح لانهما لو أخذا مال الصغير مضاربة بانفسهما جاز فكذا اذا شرطا عملهما مع المضارب وصار كالاجنبي وان كان العاقد ممن لا يجوز أن يأخذ مال المالك مضاربة فشرط عمله فسد العقد كالمأذون اذا دفع مالا مضاربة وشرط عمله مع المضارب لان المأذون وان لم يكن مالكا لرقبة المال فيد التصرف ثابتة له عليه فينزل منزلة المالك فيما يرجع الى التصرف فكان قيام يده مانعا من التسليم والقبض فيمنع صحة المضاربة وان شرط المأذون عمل مولاه مع المضارب ولا دين عليه فالمضاربة فاسدة لان المولى هو المالك للمال حقيقة فاذا حصل المال فى يده فقد وجد يد المالك فيمنع التسليم وان كان عليه دين فالمضاربة جائزة فى قول أبى حنيفة رحمه الله لان المولى لا يملك هذا المال فصار كالاجنبي (وأما) المكاتب اذا شرط عمل مولاه لم تفسد المضاربة لان المولى لا يملك اكساب مكاتبه وهو فيها كالاجنبي ولو دفع الى انسان مالا مضاربة وأمره أن يعمل برأيه ودفعه المضارب الاول الى آخر مضاربة على أن يعمل المضارب معه أو يعمل معه رب المال فالمضاربة فاسدة لان اليد للمضارب والملك للمولى وكل ذلك يمنع من التسليم وقد قالوا فى المضارب اذا دفع المال الى رب المال مضاربة بالثلث فالمضاربة الثانية فاسدة والمضاربة الاولى على حالها جائزة والربح بين رب المال و بين المضارب على ما شرطا فى المضاربة الاولى ولا أجر لرب المال (أما) فساد المضاربة الثانية فلان يد رب المال يد ملك و يد الملك مع يد المضارب لا يجتمعان فلا تصح المضاربة الثانية و بقيت المضاربة الاولى على حالها ولم يذكر القدورى رحمه الله فى شرحه مختصر الكرخى خلافا وذكر القاضى فى شرحه مختصر الطحاوى أن هذا مذهب أصحابنا الثلاثة وعند زفر رحمه الله تنفسخ المضاربة الاولى بدفع المال الى رب المال وارده عليه (وجه) قوله أن زوال يد رب المال شرط صحة المضاربة فكانت اعادة يده اليه مفسدة لها (ولنا) أن رب المال يصير معينا للمضارب والاعانة لا توجب اخراج المال عن يده فيبقى العقد الاول ولا أجر لرب المال لانه عمل فى ملك نفسه فلا يستحق الاجر (وأما) الذى يرجع الى الربح فانواع (منها) اعلام مقدار الربح لان المعقود عليه هو الربح وجهالة المعقود عليه توجب فساد العقد ولو دفع اليه ألف درهم عن أنهما يشتركان فى الربح ولم يبين مقدار الربح جاز ذلك والربح بينهما نصفان لان الشركة تقتضى المساواة قال الله تعالى عز شأنه وهم شركاء فى الثلث ولو قال على أن للمضارب شركا فى الربح جاز فى قول أبى يوسف والربح بينهما نصفان وقال محمد المضاربة فاسدة (وجه) قول محمد أن الشرك هى النصيب قال الله تعالى أم لهم شرك فى السموات أى نصيب وقال تعالى وما لهم فيهما من شرك أى نصيب فقد جعل له نصيباً من الربح والنصيب مجهول فصار الربح مجهولا (وجه) قول أبى يوسف أن الشرك بمعنى الشركة يقال شركته فى هذا الامر اشركه شركة وشركا قال القائل

وشاركنا قريشاً فى بقاها * وفى أحسابها شرك العنان

ويذكر بمعنى النصيب أيضا لكن فى الحمل على الشركة تصحيح للعقد فيحمل عليها (ومنها) أن يكون المشروط لكل واحد منهما من المضارب ورب المال من الربح جزأ شائعاً نصفاً أو ثلثاً أو ربعاً فان شرطا عددا مقدرا بان

شرطا أن يكون لاحدهما مائة درهم من الربح أو أقل أو أكثر والباقى للآخر لا يجوز والمضاربة فاسدة لان المضاربة نوع من الشركة وهى الشركة فى الربح وهذا شرط يوجب قطع الشركة فى الربح لجواز أن لا يربح المضارب الا هذا القدر المذكور فيكون ذلك لاحدهما دون الآخر فلا تتحقق الشركة فلا يكون التصرف مضاربة وكذلك ان شرطا أن يكون لاحدهما النصف أو الثلث ومائة درهم أو قالا الا مائة درهم فانه لا يجوز كما ذكرنا أنه شرط يقطع الشركة فى الربح لانه اذا شرط لاحدهما النصف ومائة فمن الجائز أن يكون الربح مائتين فيكون كل الربح للمشروط له واذا شرط له النصف الا مائة فمن الجائز أن يكون نصف الربح مائة فلا يكون له شئ من الربح ولو شرطا فى العقد أن تكون الوضيعة عليهما بطل الشرط والمضاربة صحيحة والاصل فى الشرط الفاسد اذا دخل فى هذا العقد أنه ينظر ان كان يؤدى الى جهالة الربح يوجب فساد العقد لان الربح هو المعقود عليه وجهالة المعقود عليه توجب فساد العقد وان كان لا يؤدى الى جهالة الربح يبطل الشرط وتصح المضاربة وشرط الوضيعة عليهما شرط فاسد لان الوضيعة جزء هالك من المال فلا يكون الا على رب المال لانه يؤدى الى جهالة الربح فلا يؤثر فى العقد فلا يفسد به العقد ولان هذا عقد تقف صحته على القبض فلا يفسده الشرط الزائد الذى لا يرجع الى المعقود عليه كالهبة والرهن ولانها وكالة والشرط الفاسد لا يعمل فى الوكالة وذكر محمد فى المضاربة اذا قال رب المال للمضارب لك ثلث الربح وعشرة دراهم فى كل شهر ما عملت فى المضاربة صحت المضاربة من الثلث وبطل الشرط وذكر فى المزارعة اذا دفع اليه أرضه بثلث الخارج وجعل له عشرة دراهم فى كل شهر فالمزارعة باطلة من أصحابنا من قال فى المسئلة روايتان رواية كتاب المزارعة تقتضى فساد المضاربة لان المشروط للمضارب من المشاهرة معقود عليه وهو قطع عنه الشركة وهذا يفسد المضاربة وفى رواية كتاب المضاربة يقتضى أن تصح المضاربة لانه عقد على ربح معلوم ثم الحق به شرطا فاسدا فيبطل الشرط وتصح المضاربة والصحيح هو الفرق بين المسئلتين لان معنى الاجارة فى المزارعة أظهر منه فى المضاربة بدليل أنها لا تصح الا بمدة معلومة والمضاربة لا تفتقر صحتها الى ذكر المدة فالشرط الفاسد جاز أن يؤثر فى المزارعة ولا يؤثر فى المضاربة وعلى هذا الاصل قال محمد فيمن دفع ألفا مضاربة على أن الربح بينهما نصفين على أن يدفع اليه رب المال أرضه ليزرعها سنة أو داره ليسكنها سنة فالشرط باطل والمضاربة صحيحة لانه الحق بها شرطا فاسدا لا تقتضيه فبطل الشرط ولو كان المضارب هو الذى شرط عليه أن يدفع أرضه ليزرعها رب المال سنة أو يدفع داره الى رب المال ليسكنها سنة فسدت المضاربة لانه جعل نصف الربح عوضا عن عمله وعن أجرة الدار والارض فصارت حصة العمل مجهولة بالعقد فلم يصح العقد وروى المعلى عن أبى يوسف فى رجل دفع مالا الى رجل مضاربة على أن يبيع فى دار رب المال أو على أن يبيع فى دار المضارب كان جائزا ولو شرطا أن يسكن المضارب دار رب المال أو رب المال دار المضارب فهذا لا يجوز لانه اذا شرط البيع فى أحد الدارين فانما خص البيع بمكان دون مكان ولم يعقد على منافع الدار واذا شرط للمضارب السكنى فقد جعل تلك المنفعة أجرة له وأطلق أبو يوسف أنه لا يجوز ولم يذكر أنه لا يجوز الشرط أو لا تجوز المضاربة وذكر القدورى رحمه الله أنه ينبغى أن يكون الفساد فى الشرط لا فى المضاربة ولو شرط جميع الربح للمضارب فهو قرض عند أصحابنا وعند الشافعى رحمه الله هى مضاربة فاسدة وله أجرة مثل ما اذا عمل (وجه) قوله أن المضاربة عقد شركة فى الربح فشرط قطع الشركة فيها يكون شرطا فاسدا (ولنا) أنه اذا لم يمكن تصحيحها مضاربة تصحح قرضا لانه أتى بمعنى القرض والعبرة فى العقود لمعانيها وعلى هذا اذا شرط جميع الربح لرب المال فهو ابضاع عندنا لوجود معنى الابضاع

﴿ فصل ﴾ وأما بيان حكم المضاربة فالمضاربة لا تخلو اما أن تكون صحيحة أو فاسدة ولكل واحد منهما أحكام أما أحكام الصحيحة فكثيرة بعضها يرجع الى حال المضارب فى عقد المضاربة وبعضها يرجع الى عمل المضارب مما لكل واحد منهما أن يعمله وما ليس له أن يعمله وبعضه يرجع الى ما يستحقه المضارب بالعمل وما يستحقه رب

المال بالمال (أما) الذى يرجع الى حال المضارب فى عقد المضاربة فهو أن رأس المال قبل أن يشترى المضارب به شيأ أمانة فى يده بمنزلة الوديعة لانه قبضه باذن المالك لا على وجه البدل والوثيقة فاذا اشترى به شيأ صار بمنزلة الوكيل بالشراء والبيع لانه تصرف فى مال الغير بامره وهو معنى الوكيل فيكون شراؤه على المعروف وهو أن يكون بمثل قيمته أو بما يتغابن الناس فى مثله كالوكيل بالشراء وبيعه على الاختلاف المعروف فى الوكيل بالبيع المطلق ولو اشترى شراء فاسدا يملك اذا قبض لا يكون مخالفا ويكون الشراء على المضاربة وكذا اذا باع شيأ من مال المضاربة بيعا فاسدا لا يصير مخالفا ولا يضمن لان المضاربة توكيل والوكيل بالشراء والبيع مطلقا يملك الصحيح والفاسد فلا يصير مخالفا فاذا ظهر فى المال ربح صار شريكا فيه بقدر حصته من الربح لانه ملك جزأ من المال المشروط بعمله والباقى لرب المال لانه نماء ماله فاذا فسدت بوجه من الوجوه صار بمنزلة الاجير لرب المال فاذا خالف شرط رب المال صار بمنزلة الغاصب ويصير المال مضمونا عليه ويكون ربح المال كله بعدما صار مضمونا عليه له لان الربح بالضمان لكنه لا يطيب له فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند أبى يوسف رحمه الله يطيب له وهو على اختلافهم فى الغاصب والمودع اذا تصرفا فى المغصوب والوديعة وربحا ولو أراد رب المال أن يجعل المال مضمونا على المضارب فالحيلة فى ذلك أن يقرض المال من المضارب ويشهد عليه ويسلمه اليه ثم يأخذ منه مضاربة بالنصف أو بالثلث ثم يدفعه الى المستقرض فيستعين به فى العمل حتى لو هلك فى يده كان القرض عليه واذا لم يهلك وربح يكون الربح بينهما على الشرط وحيلة أخرى أن يقرض رب المال جميع المال من المضارب الا درهما واحدا ويسلمه اليه ويشهد على ذلك ثم انهما يشتركان فى ذلك شركة عنان على أن يكون رأس مال المقرض درهما ورأس مال المستقرض جميع ما استقرض على أن يعملا جميعا وشرطا أن يكون الربح بينهما ثم بعد ذلك يعمل المستقرض خاصة فى المال فان هلك المال فى يده كان القرض على حاله ولو ربح كان الربح بينهما على الشرط (وأما) الذى يرجع الى عمل المضارب مما له أن يعمله بالعقد وما ليس له أن يعمل به فجملة الكلام فيه أن المضاربة نوعان مطلقة ومقيدة فالمطلقة أن يدفع المال مضاربة من غير تعيين العمل والمكان والزمان وصفة العمل ومن يعامله والمقيدة أن يعين شيأ من ذلك وتصرف المضارب فى كل واحد من النوعين ينقسم أربعة أقسام قسم منه للمضارب أن يعمله من غير الحاجة الى التنصيص عليه ولا الى قول اعمل برأيك فيه وقسم منه ما ليس له أن يعمل ولو قيل له اعمل فيه برأيك الا بالتنصيص عليه وقسم منه ما له أن يعمله اذا قيل له اعمل فيه برأيك وان لم ينص عليه وقسم منه ما ليس له أن يعمله رأسا وان نص عليه (وأما) القسم الذى للمضارب أن يعمله من غير التنصيص عليه ولا قول اعمل برأيك كالمضاربة المطلقة عن الشرط والقيد وهى ما اذا قال له خذ هذا المال واعمل به على أن ما رزق الله من ربح فهو بيننا على كذا أو قال خذ هذا المال مضاربة على كذا فله أن يشترى به ويبيع لانه أمره بعمل هو سبب حصول الربح وهو الشراء والبيع وكذا المقصود من عقد المضاربة هو الربح والربح لا يحصل الا بالشراء والبيع الا أن شراءه يقع على المعروف وهو أن يكون بمثل قيمة المشترى أو بأقل من ذلك مما يتغابن الناس فى مثله لانه وكيل وشراء الوكيل يقع على المعروف فان اشترى بما لا يتغابن الناس فى مثله كان مشتريا لنفسه لا على المضاربة بمنزلة الوكيل بالشراء (وأما) بيعه فعلى الاختلاف بين أبى حنيفة وصاحبيه رضى الله تعالى عنهم فى التوكيل بمطلق البيع أنه يملك البيع نقدا ونسيئة وبغبن فاحش فى قول أبى حنيفة رحمه الله فالمضارب أولى لان المضاربة أعم من الوكالة وعندهما لا يملك البيع بالنسيئة ولا بما لا يتغابن الناس فى مثله وهى من مسائل كتاب الوكالة وله أن يشترى ما بدا له من سائر أنواع التجارات فى سائر الامكنة مع سائر الناس لاطلاق العقد وله أن يدفع المال بضاعة لان الابضاع من عادة التجار ولان المقصود من هذا العقد هو الربح والابضاع طريق الى ذلك ولانه يملك الاستئجار فالابضاع أولى لان الاستئجار استعمال فى المال بعوض والابضاع استعمال فيه بغير عوض فكان أولى وله أن يودع لان الايداع من عادة التجار ومن ضرورات التجارة وله أن

يستأجر من يعمل فى المال لانه من عادة التجار وضرورات التجارة أيضا لان الانسان قد لا يتمكن من جميع الاعمال بنفسه فيحتاج الى الاجير وله أن يستأجر البيوت ليجعل المال فيها لانه لا يقدر على حفظ المال الا به وله أن يستأجر السفن والدواب للحمل لان الحمل من مكان الى مكان طريق يحصل الربح ولا يمكنه النقل بنفسه وله أن يوكل بالشراء والبيع لان التوكيل من عادة التجار ولانه طريق الوصول الى المقصود وهو الربح فكان بسبيل منه كالشريك ولان المضاربة أعم من الوكالة ويجوز أن يستفاد بالشئ ماهو دونه بخلاف الوكالة المفردة أن الوكيل لا يملك أن يوكل غيره بمطلق الوكالة الا اذا قيل له اعمل برأيك لان المقصود من ذلك ليس هو التجارة وحصول الربح بل ادخال المبيع فى ملكه وكذا الوكالة الثانية مثل الاولى والشئ لا يستتبع مثله وكل ما للمضارب أن يعمل بنفسه فله أن يوكل فيه غيره وكل ما لا يكون له أن يفعله بنفسه لا يجوز فيه وكالته على رب المال لانه لما لم يملك أن يعمل بنفسه فبوكيله أولى وله أن يرهن بدين عليه فى المضاربة من مال المضاربة وأن يرتهن بدين له منها على رجل لان الرهن بالدين والارتهان من باب الايفاء والاستيفاء وهو يملك ذلك فيملك الرهن والارتهان وليس له أن يرهن بعد نهى رب المال عن العمل ولا بعد موته لان المضاربة تبطل بالنهى والموت الا فى تصرف ينضر به رأس المال والرهن ليس تصرفا ينضر به رأس المال فلا يملكه المضارب ولو باع شيأ وأخر الثمن جاز لان التأخير للثمن عادة التجار وأما على أصل أبى حنيفة عليه الرحمه فلان الوكيل بالبيع يملك تأخير الثمن فالمضارب أولى لان تصرفه أعم من تصرف الوكيل الا أن الوكيل بالبيع اذا أخر الثمن يضمن عندهما والمضارب لا يضمن لان المضارب يملك أن يستقبل ثم يبيع نسيئة فيملك التأخير ابتداء فلم يضمن فأما الوكيل فلا يملك الاقالة ثم البيع بالنسيئة فاذا أخر ضمن (وأما) عند أبى يوسف فانما جاز تأخير المضارب دون الوكيل لهذا المعنى أيضا وهو أن المضارب يملك أن يشترى السلعة أو يستقيل فيها ثم يبيعها نساء فيملك تأخير ثمنها والوكيل لا يملك ذلك وله أن يحتال بالثمن على رجل موسرا كان المحتال عليه أو معسرا لان الحوالة من عادة التجار لان الوصول الى الدين قد يكون أيسر من ذمة المحال عليه منه من ذمة المحيل بخلاف الوصى اذا احتال بمال اليتيم ان ذلك ان كان أصلح جاز والا فلا لان تصرف الوصى فى مال اليتيم مبنى على النظر وتصرف المضارب مبنى على عادة التجار قال محمد وله أن يستأجر أرضا بيضاء و يشترى ببعض المال طعاما فيزرعه فيها وكذلك له أن يقبلها ليغرس فيها نخلا أو شجرا أو رطبا فذلك كله جائز والربح على ما شرطا لان الاستئجار من التجارة لانه طريق حصول الربح وكذا هو من عادة التجار فيملكه المضارب وللمضارب أن يسافر بالمال لان المقصود من هذا العقد استنماء المال وهذا المقصود بالسفر أوفر ولان العقد صدر مطلقا عن المكان فيجرى على اطلاقه ولان مأخذ الاسم دليل عليه لان المضاربة مشتقة من الضرب فى الارض وهو السير قال الله تبارك وتعالى وآخرون يضربون فى الارض يبتغون من فضل الله ولانه طلب الفضل وقد قال الله تعالى عز شأنه وابتغوا من فضل الله وهذا قول أبى حنيفة ومحمد وهو قول أبى يوسف فى رواية محمد عنه وفى رواية أصحاب الاملاء عنه ليس له أن يسافر وروى عنه انه فرق بين الذى يثبت فى وطنه و بين الذى لا يثبت و بين ماله حمل ومؤنة و بين ما لا حمل له ولا مؤنة فى الشركة فالمضارب على ذلك وقد ذكرنا وجه كل واحد من ذلك فى كتاب الشركة وقد قال أبو يوسف عن أبى حنيفة رحمه الله انه اذا دفع اليه المال بالكوفة وهما من أهلها فان أبا حنيفة قال ليس له أن يسافر بالمال ولو كان الدفع فى مصر آخر غير الكوفة فللمضارب أن يخرج به حيث شاء وقد ذكرنا وجه الرواية المشهورة فى كتاب الشركة (واما) وجه رواية أبى يوسف عنه فهو ان المسافرة بالمال مخاطرة به فلا يجوز الا باذن رب المال نصا أو دلالة فاذا دفع المال اليه فى بلدهما فلم يأذن له بالسفر نصا ولا دلالة لم يكن له أن يسافر واذا دفع اليه فى غير بلدهما فقد وجد دلالة الاذن بالرجوع الى الوطن لان العادة ان الانسان لا يأخذ المال مضاربة و يترك بلده فكان دفع المال فى غير بلدهما رضا بالرجوع الى الوطن فكان اذنا دلالة وله أن يأذن لعبيد المضاربة بالتجارة فى ظاهر الرواية لان الاذن بالتجارة

من التجارة ومن عادة التجار أيضا وروى ابن رستم عن محمد انه لا يملك ذلك باطلاق المضاربة لان الاذن بالتجارة أعم من المضاربة فلا يستتبع ما هو فوقه وله أن يبيعهم اذا لحقهم دين سواء كان المولى حاضرا أو غائبا لان البيع في الدين من التجارة فلا يقف على حضور المولى ولو جنى عبد المضاربة بأن قتل انسانا خطأ وقيمته مثل مال المضارب بأن كان رأس المال الف درهم فاشترى بها عبدا قيمته الف فقتل انسانا خطأ لا يخاطب المضارب بالدفع أو الفداء لان الدفع أو الفداء ليس من التجارة ولا ملك أيضا للمضارب في رقبته لانعدام الفعل والتدبير في جنايته الى رب المال لان رقبته خالص ملكه ولا ملك للمضارب فيها بخلاف عبد المأذون اذا جنى انه يخاطب المأذون بالدفع أو الفداء مع غيبة المولى لان العبد المأذون في التصرف كالحر لانه يتصرف لنفسه كالحر بدليل انه لا يرجع بالعهدة على المولى ولو كان متصرفا للمولى لرجع بالعهدة عليه فلما لم يرجع دل انه يتصرف لنفسه وانما يظهر حق المولى في كسبه عند فراغه عن حاجته فاذا تعلقت الجناية برقبته صارت مشغولة فلا يظهر حق المولى فيخاطب بالدفع كالحر (فأما) المضارب فانه وكيل رب المال في التصرف حتى يرجع بالعهدة عليه والوكيل بالشراء لا يخاطب بحكم الجناية فهو الفرق بين المسئلتين فان اختار رب المال الدفع واختار المضارب الفداء فله ذلك لانه بالفداء يستبقي مال المضاربة وله فيه فائدة في الجملة لتوهم الربح ولو دفع رب المال او فدى خرج العبد من المضاربة (أما) اذا دفع فلا شك فيه لان بالدفع زال ملكه لا الى بدل فصار كانه هلك واذا فدى فقد لزمه ضمان ليس من مقتضيات المضاربة ولان اختيار الفداء دليل رغبته في عين العبد فلا يحصل المقصود من العقد وهو الربح لان ذلك بالبيع ولو كان قيمة العبد ألفين فجنى جناية خطأ لا يخاطب المضارب بالدفع أو الفداء اذا كان رب المال غائبا لما قلنا وليس لاصحاب الجناية على المضارب ولا على الغلام سبيل الا أن لهم أن يستوثقوا من الغلام بكفيل الى أن يقدم المولى وكذا لا يخاطب المولى بالدفع أو الفداء اذا كان المضارب غائبا وليس لاحدهما أن يفدي حتى يحضرا جميعا فان فدى كان متطوعا بالفداء فاذا حضرا دفعا أو فديا فان دفعا فليس لهما شيء وان فديا كان الفداء عليهما أرباعا وخرج العبد من المضاربة وهذا قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف حضور المضارب ليس بشرط ويخاطب المولى بحكم الجناية (وجه) قوله ان نصيب المضارب لم يتعين في الربح لعدم تعين رأس المال لان التعيين بالقسمة ولم توجد فبقي المال على حكم ملك رب المال فكان هو المخاطب بحكم الجناية فلا يشترط حضور المضارب (ولهما) انه اذا كان في المضاربة فضل كان للمضارب ملك في العبد ولهذا لو أعتقه نفذ اعتاقه في نصيبه واذا كان له نصيب في العبد كان فداء نصيبه عليه فلا بد من حضوره (وأما) قوله ان حقه لم يتعين في الربح لعدم تعيين رأس المال فممنوع بل تعين ضرورة لزوم الفداء في نصيبه ولا يلزم الا بتعيين حقه ولا يتعين حقه الا بتعيين رأس المال ولا يتعين رأس المال الا بالقسمة فثبتت القسمة ضرورة فان اختار أحدهما الدفع والآخر الفداء فلهما ذلك لان كل واحد منهما مالك لنصيبه فصار كالعبد المشترك غير ان في العبد المشترك اذا حضر أحد الشريكين وغاب الآخر يخاطب الآخر بحكم الجناية من الدفع أو الفداء وههنا لا يخاطب واحد منهما ما لم يحضرا جميعا لان تصرف أحدهما يتضمن قسمة لان المال لا يبقى على المضاربة بعد الدفع أو الفداء والقسمة لا تصح الا بحضرتهما والدفع أو الفداء من أحد الشريكين لا يتضمن قسمة ولا حكما في حق الشريك الآخر فلا يقف على حضوره وهذا بخلاف العبد المرهون اذا كانت قيمته أكثر من الدين فجنى جناية خطأ انه يخاطب الراهن والمرتهن بحكم الجناية فان اختار أحدهما الدفع والآخر الفداء لم يكن لهما ذلك ويلزمهما أن يجتمعا على أحد الامرين لان الملك هناك واحد فاختلاف اختيارهما يوجب تبعيض موجب الجناية في حق مالك واحد وهذا لا يجوز كالعبد الذي ليس برهن وهنا مالك العبد اثنان فلو اختلف اختيارهما لا يوجب ذلك تبعيض موجب الجناية في حق مالك واحد وقد قالوا اذا غاب أحدهما وادعيت الجناية على العبد لم تسمع البينة حتى يحضرا لان كل واحد منهما له حق العبد فكان التدبير في الجناية اليهما فلا يجوز سماع البينة على أحدهما مع غيبة الآخر وانما أخذ بالعبد كفيل لانه لا يؤمن عليه أن يغيب فيسقط

حق ولى الجناية لان حقه تعلق برقبته فكان له أن يستوثق حقه بكفيل وحقوق العقد فى الشراء والبيع ترجع الى المضارب لا الى رب المال لان المضارب هو العاقد فهو الذى يطالب بتسليم المبيع و يطالب بتسليم الثمن و يقبض المبيع والثمن و يرد بالعيب و يرد عليه و يخاصم و يخاصم لما قلنا ولو اشترى المضارب عبدا معيبا قد علم رب المال بعيبه ولم يعلم به المضارب فللمضارب أن يرده ولو كان علم بالعيب ولم يعلم به رب المال لم يكن للمضارب أن يرده لان حقوق العقد تتعلق بالمضارب لا برب المال فيعتبر علم المضارب لا علم رب المال ولو اشترى عبدا فظهر به عيب فقال رب المال بعد الشراء رضيت بهذا العبد بطل الرد لان الملك لرب المال فاذا رضى به فقد أبطل حق نفسه ولو أن رب المال دفع اليه ألف درهم مضاربة على أن يشترى بها عبد فلان بعينه ثم يبيعه فاشتراه المضارب و لم يره فليس له أن يرده بخيار الرؤية ولا بخيار العيب لان أمره بالشراء بعد العلم رضا منه بذلك العيب فكانه قال بعد الشراء قد رضيت بخلاف ما اذا أمره بشراء عبد غير معين لانه لا يعلم انه يشترى العبد المعيب لا محالة حتى يكون علمه دلالة الرضا به وهل له أن يأخذ بالشفعة فى دار اشتراها أجنبى الى جنب دار المضارب أو باع رب المال دارا لنفسه والمضارب شفيعها بدار أخرى من المضاربة ففيه تفصيل نذكره ان شاء الله تعالى ولو دفع المال الى رجلين مضاربة فليس لاحدهما أن يبيع و يشترى بغير اذن صاحبه ولا يعمل أحدهما شيأ مما للمضارب الواحد أن يعمله سواء قال لهما اعملا برأيكما أو لم يقل لانه رضى برأيهما ولم يرض برأى أحدهما فصارا كالوكيلين واذا أذن له الشريك فى شىء من ذلك جاز فى قولهم جميعا لانه لما أذن له فقد اجتمع رأيهما فصار كأنهما عقدا جميعا (وأما) القسم الذى ليس للمضارب أن يعمله الا بالتنصيص عليه فى المضاربة المطلقة فليس له أن يستدين على مال المضاربة ولو استدان لم يجز على رب المال و يكون دينا على المضارب فى ماله لان الاستدانة اثبات زيادة فى رأس المال من غير رضا رب المال بل فيه اثبات زيادة ضمان على رب المال من غير رضاه لان ثمن المشترى برأس المال فى باب المضاربة مضمون على رب المال بدليل أن المضارب لو اشترى برأس المال ثم هلك المشترى قبل التسليم فان المضارب يرجع الى رب المال بمثله فلو جوزنا الاستدانة على المضاربة لألزمناه زيادة ضمان لم يرض به وهذا لا يجوز ثم الاستدانة هى أن يشترى المضارب شيأ بثمن دين ليس فى يده من جنسه حتى انه لو لم يكن فى يده شىء من رأس المال من الدراهم والدنانير بأن كان اشترى برأس المال سلعة ثم اشترى شيأ بالدراهم أو الدنانير لم يجز على المضاربة وكان المشترى له عليه ثمنه من ماله لانه اشترى بثمن ليس فى يده من جنسه فكان مستدينا على المضاربة فلم تجز على رب المال وجاز عليه لان الشراء وجد نفاذا عليه كالوكيل بالشراء اذا خالف وسواء كان اشترى بثمن حال أو مؤجل لانه لما اشترى بما ليس فى يده من جنسه صار مستدينا على المضاربة وهو لا يملك ذلك ولو كان ما فى يد المضارب من العبد أو العرض يساوى رأس المال أو أكثر فاشترى شيأ للمضاربة بالدراهم والدنانير ليبيع العرض و يؤدى ثمنه منها لم يجز سواء كان الثمن حالا أو مؤجلا لما ذكرنا انه استدانة ولو باع ما فى يده من العرض بالدراهم والدنانير وحصل ذلك فى يده قبل حل الاجل لم ينتفع بذلك لانه لما خالف فى حالة الشراء لزمه الثمن وصارت السلعة له لانه لم يملك الشراء للمضاربة فوقع العقد له فلا يصير بعد ذلك للمضاربة وكذا اذا قبض المضارب مال المضاربة ليس له أن يشترى بأكثر من رأس المال الذى فى يده لان الزيادة تكون دينا وليس فى يده من مال المضاربة ما يؤديه حتى لو اشترى سلعة بألفى درهم ومال المضاربة ألف كانت حصة الالف من السلعة المشتراة للمضاربة وحصة ما زاد على الالف للمضارب خاصة له ربح ذلك وعليه وضيعته والزيادة دين عليه فى ماله لانه يملك الشراء بالالف ولا يملك الشراء بما زاد عليها للمضاربة و يملك الشراء لنفسه فوقع له وكذا اذا قبض المضارب رأس المال وهو قائم فى يده فليس له أن يشترى للمضاربة بغير الدراهم والدنانير من المكيل والموزون والمعدود والثوب الموصوف المؤجل اذا لم يكن فى يده شىء من ذلك لان الشراء بغير المال يكون استدانة على المال ولو كان فى يده من مال المضاربة مكيل أو موزون فاشترى ثوبا أو عبدا بمكيل أو

موزون موصوف فى الذمة كان المشترى للمضارب لان فى يده من جنسه فلم يكن استدانة ولوكان فى يده دراهم فاشترى سلعة بدراهم نسيئة لم يكن استدانة لان فى يده من جنسه ولوكان فى يده دراهم فاشترى بدنانير أو كان فى يده دنانير فاشترى بدراهم فالقياس أن لا يجوز على رب المال وهو قول زفر وفى الاستحسان يجوز (وجه) القياس ان الدراهم والدنانير جنسان مختلفان حقيقة فقد اشترى بما ليس فى يده من جنسه فيكون استدانة كما لو اشترى بالعروض (وجه) الاستحسان ان الدراهم والدنانير عند التجار كجنس واحد لانهما أثمان الاشياء بهما تقدر النفقات وأروش الجنايات وقيمة المتلفات ولا يتعذر نقل كل واحد منهما الى الآخر فكانا بمنزلة شىء واحد فكان مشتريا بثمن فى يده من جنسه وكذلك لو اشترى بثمن هو من جنس رأس المال لكنه يخالفه فى الصفة بان اشترى بدراهم بيض ورأس المال دراهم سود أو اشترى بصحاح ورأس المال غلة أو اشترى بدراهم سود ورأس المال دراهم بيض أو اشترى بدراهم غلة ورأس المال صحاح فذلك جائز على المضاربة وقال زفر لا يجوز شىء من ذلك على المضاربة ويكون استدانة ويجعل اختلاف الصفة كاختلاف الجنس وقال محمد ان اشترى بما صفته انقص من صفة رأس المال جاز وهذا يشير الى أنه لو اشترى بما صفته أزيد من صفة رأس المال انه لا يجوز على المضاربة (ووجهه) انه اذا اشترى بما صفته أنقص من صفة رأس المال كان فى يده ذلك القدر الذى اشترى به ذلك القدر وزيادة فجاز واذا اشترى بما صفته أكمل لم يكن فى يده القدر الذى اشترى به فلا يجوز على المضارب والصحيح قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله لانه لما جاز عند اختلاف الجنس فلان يجوز عند اختلاف الصفة أولى لان تفاوت الصفة دون تفاوت الجنس ولوكان رأس المال الف درهم فاشترى سلعة بالف أو بدنانير أو بفلوس قيمة ذلك الالف لا يملك أن يشترى بعد ذلك على الف المضاربة شيأ بالف أخرى أو غير ذلك لان مال المضاربة كان مستحقا بالثمن الاول فلو اشترى بعد ذلك لصار مستديناً على مال المضاربة فلا يملك ذلك فان اشترى عليها أولا عبدا بخمسمائة لا يملك بعد ذلك أن يشترى الا بقدر خمسمائة لان الخمسمائة خرجت من المضاربة وكذلك كل دين يلحق رأس المال لان ذلك صار مستحقاً من رأس المال فيخرج القدر المستحق من المضاربة فاذا اشترى باكثر مما بقى صار مستديناً على مال المضاربة فلا يصح ولو باع المضارب واشترى وتصرف فى مال المضاربة فحصل فى يده صنوف من الاموال من المكيل والموزون والمعدود وغير ذلك من سائر الاموال ولم يكن فى يده دراهم ولا دنانير ولا فلوس فليس له أن يشترى متاعا بثمن ليس فى يده مثله من جنسه وصفته وقدره بان اشترى عبداً بكر حنطة موصوفة فان اشترى بكر حنطة وسط وفى يده الوسط أو بكر حنطة جيدة وفى يده جاز وان كان فى يده أجود مما اشترى به أو أدون لم يكن للمضاربة وكان للمضارب لانه اذا لم يكن فى يده مثل الثمن صار مستديناً على المضاربة فلا يجوز وليس اختلاف الصفة هنا كاختلاف الصفة فى الدراهم لان اختلاف الجنس هناك بين الدراهم والدنانير لا يمنع الجواز فاختلاف الصفة أولى لانه دونه واختلاف الجنس هنا يمنع الجواز فكذا اختلاف الصفة ثم فى جميع ما ذكرنا أنه لا يجوز من المضارب الاستدانة على رب المال يستوى فيه ما اذا قال رب المال اعمل برأيك أو لم يقل لان قوله اعمل برأيك تفويض اليه فيما هو من المضاربة والاستدانة لم تدخل فى عقد المضاربة فلا يملكها المضارب الا باذن رب المال بها نصاً ثم كما لا يجوز للمضارب الاستدانة على مال المضاربة لا يجوز له الاستدانة على اصلاح مال المضاربة حتى لو اشترى المضارب بجميع مال المضاربة ثيابا ثم استأجر على حملها أو على قصارتها أو نقلها كان متطوعا فى ذلك كله لانه اذا لم يبق فى يده شىء من رأس المال صار بالاستئجار مستديناً على المضاربة فلم يجز عليها فصار عاقدا لنفسه متطوعا فى مال الغير كما لو حمل متاعا لغيره أو قصر ثيابا لغيره بغير أمره وقال محمد وكذلك اذا صبغها سوداً من ماله فنقصها ذلك لان الاستدانة لا تجوز ولا يصير شريكا بالسواد لانه لم يوجب فى العين زيادة بل أوجب نقصانا فيها ولا يضمن بفعله سواء قال له اعمل برأيك أو لم يقل لانه مأذون فيه بعقد المضاربة بدليل أنه لو كان فى يده فضل فصبغ الثياب به سوداً

فنقصها ذلك لم يضمن وكذلك اذا صبغها بمال نفسه ولو صبغ المتاع بعصفر أو زعفران أو صبغ يزيد فيها وليس فى يده من مال المضاربة شىء فان كان لم يقل اعمل برأيك فهو ضامن و رب المال بالخيار ان شاء ضمنه قيمة متاعه يوم صبغه وسلم اليه المتاع وان شاء ترك المتاع حتى يباع فيتصرف فيه رب المال بقيمته أبيض وتصرف المضارب بما زاد الصبغ فيه لان الصبغ عين مال قائم فما أصاب المتاع فهو مال المضاربة وما زاد الصبغ فللمضارب خاصة لان الصبغ استدانة على المال وذلك لا يجوز فصار الصبغ من غير المضاربة والمضارب اذا خلط مال نفسه بمال المضاربة ولم يقل له اعمل برأيك يضمن وصار كأجنبى خلط المال ولو صبغ الثياب أجنبى كان للمالك الخيار ان شاء ضمنه قيمتها وان شاء تركها على الشركة وتضار بانهما على الشركة كذا هذا وان كان قال له اعمل برأيك فلا ضمان عليه لانه اذا قال ذلك فله أن يخلط مال نفسه بمال المضاربة والصبغ على ملكه فلا يضمن بخلطه وصار المتاع بينهما فاذا بيع المتاع قسم الثمن على قيمة الثوب أبيض فما أصاب ذلك كان فى المضاربة وما اصاب الصبغ كان للمضارب واذا أذن للمضارب أن يستدين على مال المضاربة جازله الاستدانة وما يستدينه يكون شركة بينهما شركة وجوه وكان المشترى بينهما نصفين لانه لا يمكن أن يجعل المشترى بالدين مضاربة لان المضاربة لا تجوز الا فى مال عين فتجعل شركة وجوه و يكون المشترى بينهما نصفين لان مطلق الشركة يقتضى التساوى وسواء كان الربح بينهما فى المضاربة نصفين أو أثلاثا لان هذه شركة على حدة فلا يبنى على حكم المضاربة وقد بينا فى كتاب الشركة أنه لا يجوز التفاضل فى الربح فى شركة الوجوه الا بشرط التفاضل فى الضمان فان شرطا التفاضل فى الضمان كان الربح كذلك وان أطلقا كان المشترى نصفين لا يجوز فيه التفاضل فى الربح واذا صارت هذه شركة وجوه وصار الثمن ديناً عليهما من غير مضاربة فلا يملك المضارب أن يرهن به مال المضاربة الا باذن رب المال فان أذن له ان يرهن بجميع الثمن فقد أعاره نصف الرهن ليرهن بدينه وان هلك صار مضمونا عليه وليس له أن يقرض مال المضاربة لان القرض تبرع فى الحال اذ لا يقابله عوض للحال وانما يصير مبادلة فى الثانى ومال الغير لا يحتمل التبرع وكذلك الهبة والصدقة لان كل واحد منهما تبرع ولا يأخذ سفتجة لان أخذها استدانة وهو لا يملك الاستدانة وكذا لا يعطى سفتجة لان اعطاء السفتجة اقراض وهو لا يملك الاقراض الا بالتنصيص عليه هكذا قال محمد عن أبى حنيفة أنه قال ليس له أن يقرض ولا أن يأخذ سفتجة حتى يأمره بذلك بعينه فيقول له خذ السفاتج وأقرض ان أحببت فاما اذا قال له اعمل فى ذلك برأيك فانما هذا على البيع والشراء والشركة والمضاربة وخلط المال وهذا قول أبى يوسف وقولنا ماذكرنا ان قوله اعمل فى ذلك برأيك تفويض الرأى اليه فى المضاربة والتبرع ليس من عمل المضاربة وكذا الاستدانة بل هى عند الاذن شركة وجوه وهى عقد آخر وراء المضاربة وهو انما فوض اليه الرأى فى المفاوضة خاصة لا فى عقد آخر لا تعلق له بها فلا يدخل فى ذلك وليس أن يشترى بما لا يتغابن الناس فى مثله وان قال له اعمل برأيك ولو اشترى يصير مخالفا لان المضاربة توكيل بالشراء والتوكيل بالشراء مطلقا ينصرف الى المتعارف وهو أن يكون بمثل القيمة أو بما يتغابن الناس فى مثله ولان الشراء بما لا يتغابن فى مثله محاباة والمحاباة تبرع والتبرع لا يدخل فى عقد المضاربة وليس له ان يعتق على مال لانه ازالة الملك عن الرقبة بدين فى ذمة المفلس فكان فى معنى التبرع ولانه ليس بتجارة اذ التجارة مبادلة المال بالمال وهذا مبادلة العتق بالمال وليس له أن يكاتب لان الكتابة ليست بتجارة لانعدام مبادلة المال بالمال لهذا لا يملكه المأذون له فى التجارة وليس له ان يعتق عبداً من المضاربة اذا لم يكن فى نفس العبد فضل عن رأس المال فان اعتق لم ينفذ لان العقد السابق لا يفيده ولانه لا يملك الاعتاق على مال وفيه معنى المبادلة فالاعتاق بغير مال أولى ولا ملك للمضارب فى العبد مما لا ينفذ اعتاقه وسواء كان فى يد المضارب مال آخر سوى العبد أو لم يكن لان العبد اذا كان بقدر رأس المال لا فضل فيه لم يتعين للمضارب فيه حق لانه مشغول برأس المال بدليل أنه لو هلك ذلك المال يصير العبد رأس المال وان كان فى نفس العبد المعتق فضل عن رأس المال جاز اعتاقه فى قدر حصته من الربح لانه اذا كان قيمته أكثر من رأس

المال

المال فقد تعين للمضارب فيه ملك فينفذ اعتاقه فى قدر نصيبه كعبد بين شريكين اعتقه أحدهما وكذلك ان كاتب عبداً من المضاربة أو أعتقه على مال ولم يكن فيه فضل أنه لم يجز وان كان فيه فضل كان كعبد بين شريكين أعتقه أحدهما على مال فاذا قبل العبد عتق عليه نصيبه وكان رب المال بالخيار ولرب المال فسخ الكتابة قبل الاداء لانه لا يتضرر به فى الحال وفى الثانى أما فى الحال فلا يمتنع عليه بيع نصيبه وهبته مادام شئ منه فكذا هذا (وأما) الثانى فلانه لو أدى وعتق نفسه يفسد الباقى على رب المال فأكد دفع هذا الضرر بالفسخ لان الكتابة قابلة للفسخ فله أن يفسخ كأحد الشريكين اذا باع حصته من بيت معين من دار مشتركة بينهما كان لشريكه نقض بيعه وان باع ملك نفسه لما أن الشريك يتضرر بنفاذ هذا البيع فانه متى أراد أن يقسم الدار يحتاج الى قسمين قسمة البيت مع المشترى وقسمة بقية الدار مع الشريك الاول ويتضرر فكان له نقض البيع دفعا للضرر عنه فكذا هذا بخلاف ما اذا دبر المضارب نصيبه أو أعتق انه ينفذ وان كان يتضرر به رب المال لان الضرر انما يدفع اذا أمكن وهناك لا يمكن لان التدبير والاعتاق تصرفان لا يحتملان الفسخ بخلاف الكتابة فان أدى الكتابة قبل الفسخ عتق لوجود شرط العتق وهو الاداء الا أن لرب المال أن يأخذ مما أداه المكاتب قدر حصته من المؤدى لانه كسب عبد مشترك بينهما وكذلك اذا كان رأس المال ألف درهم فاشترى بها المضارب عبدين قيمة كل واحد منهما ألف فاعتق أحدهما انه لا يجوز اعتاقه عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر يجوز اعتاقه فى نصيبه منهما لان رأس المال ليس الا الالف فما زاد على ذلك يكون ربحا ويكون للمضارب فيه نصيب فينفذ اعتاقه فى نصيبه (ولنا) انه لم يتعين للمضارب ملك فى أحد العبدين لان كل واحد منهما يجوز أن يكون رأس المال والآخر ربحا فليس أحدهما بأن يجعل رأس المال والآخر ربحا أولى من القلب فيجعل كل واحد منهما كان ليس معه غيره ولان حق المضارب لا يتعين فى الربح قبل تعين رأس المال ورأس المال لم يتعين الا بتعيين ملك المضارب فى الربح وكذلك لو كان فى يد المضارب عشرون عبدا قيمة كل واحد منهم ألف درهم ورأس المال ألف درهم انه لا يجوز عتقه فى واحد منهم لانه لا يتعين للمضارب فى واحد منهم ملك لان كل واحد منهم يصلح أن يكون هو رأس المال فاذا لم يملك شيأ منهم لا ينفذ اعتاقه من مشايخنا من قال هذا على أصل أبى حنيفة ان العبيد والجوارى لا يقسمون قسمة واحدة بل كل شخص يقسم على حدة لان العبيد والجوارى بمنزلة أجناس مختلفة من سائر الاموال ولا يتعين للمضارب ملك فى الاجناس المختلفة من العروض ونحوها فأما على أصل أبى يوسف ومحمد انهم يقسمون قسمة واحدة بمنزلة الدواب فظهر الربح فينفذ اعتاقه فى قدر نصيبه من الربح وقال بعض مشايخنا ان هذا بالاتفاق لان عندهما انما يقسم القاضى قسمة واحدة اذا رأى القاضى ذلك فاما قبل ذلك فلا بل العبيد بمنزلة الاجناس المختلفة لهذا لا يصح التوكيل بشراء عبد بدون بيان الثمن بالاتفاق كالتوكيل بشراء ثوب لهذا وكانت العبيد للخدمة بين اثنين لا تجب على أحدهما صدقة الفطر بسببهم فى عامة الروايات والاصل ان مال المضاربة اذا كان من جنس واحد وفيه فضل عن رأس المال انه يضم بعضه الى بعض ويتعين نصيب المضارب فيما زاد على رأس المال واذا كان من جنسين مختلفين كل واحد منهما مثل رأس المال لا يضم أحدهما الى الآخر فلا يتعين للمضارب فى أحدهما ملك لاشتغال كل واحد منهما برأس المال وقد قالوا فى هذه المسئلة ان رب المال لو أعتق العبيد نفذ اعتاقه فى جميعهم لانه اذا لم يتعين للمضارب فى واحد منهم ملك نفذ على رب المال فاذا أعتقهم بلفظة واحدة عتقوا ويضمن حصة المضارب فيهم سواء كان موسرا أو معسرا (أما) الضمان فلان المضارب وان لم يملك شيأ من العبيد فقد كان له حق ان تملك وقد أفسده عليه رب المال فيضمن وانما استوى فيه اليسار والاعسار لانه أعتق الكل مباشرة ونفذ اعتاقه فى الكل فصار متلفا المال عليه بخلاف ضمان العتق لانه يعتق نصيب المعتق ابتداء ثم يسرى الى نصيب الشريك على أصل أبى يوسف ومحمد لذلك اختلف فيه اليسار والاعسار وكذلك لو اشترى المضارب عبدا من مال المضاربة فادعى انه ابنه انه ان لم يكن فيه فضل لم تجز دعوته وان

كان فيه فضل جازت دعوته وعتق لان هذه دعوة تحرير وانها مبنية على الملك فاذا لم يكن فيه فضل فازدادت قيمة
رأس المال بعد ذلك فظهر فيه فضل جازت دعوته وعتق عليه وكان كعبد بين اثنين عتق على أحدهما نصيبه بغير فعله
بان ورث نصيبه وانما كان كذلك لانه لما ادعى النسب ولا ملك له فى الحال كانت دعوته موقوفة على الملك فاذا
ازدادت قيمته فقد ملك جزأ منه فنفذت دعوته فيه كمن ادعى النسب فى ملك غيره ثم ملكه انه تنفذ دعوته بخلاف
ما اذا أعتقه ثم ازدادت قيمته انه لا ينفذ اعتاقه لان انشاء الاعتاق فى ملك الغير لا يتوقف كمن أعتق ملك غيره ثم ملكه
ولا ضمان على المضارب فى ذلك لان العبد عتق من غير صنعه لانه عتق بزيادة القيمة والعبد المشترك اذا عتق على أحد
الشريكين بغير فعله لا يضمن للشريك شيأ ولو اشترى أمة قيمتها ألف ورأس المال ألف فولدت ولدا يساوى
ألفا فادعى الولد لا يكون ولده ولا تكون الام أم ولد له لانه ليس لاحدهما فضل على رأس المال هكذا ذكر الكرخى
وذكر القدورى رحمه الله ان هذا محمول على انها علقت قبل أن يشتريها فاما اذا كان العلوق بعد الشراء فحكم المسئلة
يتغير لان المضارب يغرم العقر مائة فاذا استوفاها رب المال منه جعل المستوفى من رأس المال فينتقص رأس المال
وصار تسعمائة فيتعين للمضارب ملك فيهما جميعا فنفذت دعوته ويثبت النسب واذا ثبت النسب ضمن المضارب
من قيمة الام سبعمائة حتى يستوفى رب المال تمام رأس ماله ثم يغرم خمسين درهما وهو تمام ما بقى من الام فظهر ان
الولد ربح بينهما فيعتق نصف الولد من المضارب ويسعى فى النصف لرب المال قال عيسى بن أبان ان هذا الجواب
هو الصحيح وذكر محمد فى الاصل مسئلة أخرى طعن فيها عيسى وهو ما اذا اشترى جارية بألف درهم تساوى
ألفا فولدت ولدا يساوى ألفا فادعاه المضارب لم يثبت نسبه ويغرم العقر فان زادت قيمة الولد حتى صارت ألفين
يثبت النسب من المضارب لانه ملك بعضه لظهور الربح فى الولد بزيادة قيمته فيعتق ربعه عليه ولا ضمان عليه لانه
عتق بزيادة القيمة ولا صنع له فيها ويسعى العبد فى ثلاثة أرباع قيمته لرب المال والجارية على حالها لم تصر أم ولد
للمضارب ما لم يستوف رب المال العقر والسعاية لان المضارب لا يظهر له الربح فى الجارية حتى يصل الى رب المال
شئ من المال فلا يملك شيأ منها ولا صحة للاستيلاد بدون الملك ولو لم تزد قيمة الولد ولكن زادت قيمة الام فصارت
ألفين فان الجارية أم ولد له لظهور الربح فيها بزيادة قيمتها وعلى المضارب ثلاثة أرباع قيمتها لرب المال وان لم يكن
له صنع فيها لان ضمانها ضمان تملك لهذا استوى فيه اليسار والاعسار فيستوى أن يكون بفعله أو من طريق الحكم
ولا يثبت نسب الولد من المضارب لانه لم يملك من الولد شيأ ما لم يأخذ رب المال شيأ من رأس ماله ولو زادت قيمتهما
جميعا فصارت قيمة كل واحد منهما ألف درهم يثبت نسب الولد وتصير الجارية أم ولد له لانه ملك بعض كل واحد
منهما لانه ظهر الفضل فى كل واحد منهما بزيادة قيمته ويضمن المضارب لرب المال تمام قيمة الجارية ألفى درهم
وعقر مائة درهم فظهر ان رب المال استوفى رأس ماله واستوفى من الربح ألفا ومائة وللمضارب أن يستوفى من ربح الولد
مقدار ألف ومائة فعتق الولد منه بذلك المقدار وبقى من الولد مقدار تسعمائة ربح بينهما لان لكل واحد منهما
أربعمائة وخمسون فما أصاب المضارب عتق وما أصاب رب المال سعى فيه الولد قال عيسى هذا الجواب خطأ
والصحيح أن يقال يضمن المضارب من الام ثلاثة أرباع قيمتها ونصف العقر وبقى الولد بحاله بينهما يسعى فى
نصف قيمته لرب المال ويسقط عنه النصف بحصة المضارب قال القدورى رحمه الله هذا الذى ذكره عيسى
هو جواب محمد فى المسئلة التى قدمناها اذا لم تزد قيمة كل واحد منهما وعلى قياس ما قال محمد فى المسئلة الزيادة تجب أن
يقول اذا لم تزد قيمتها ينبغى أن يغرم المضارب الفا ومائة ثم يستوفى المضارب من الولد مائة وبقى تسعمائة بينهما فمن
أصحابنا من قال القياس ما أجاب به فى المسئلة التى لم تزد القيمة فيها ووجهه ان المضارب لا يغرم بعد ما غرم تمام
رأس ماله الا نصف ما بقى من الام لان نصف ما بقى من الام ربح بينهما فلا يجوز أن يغرم الكل والذى أجاب به فى
مسئلة الزيادة هو الاستحسان لان فى غرم تمام قيمة الجارية تكثير العتق والعتق والرق اذا اجتمعا غلبت الحرية

الرق ومن أصحابنا من قال انما افترقت المسئلتان لوصفهما لان سبب العتق فى مسئلة الزيادة زيادة قيمة الولد وفى المسئلة الاخرى سبب العتق قبض رب المال العقر فلما شارك رب المال المضارب فى سبب عتقه أن يجتمع ربحه فى الجارية (وأما) فى المسئلة الاخرى لما كان عتقه بسبب الزيادة صرف نصيب رب المال الى الجارية لان المضارب قد ملكها وقد قيل أيضا ان فى تلك المسئلة انما قصد تكثير العتق وفى المسئلة الاخرى اذا لم تزد القيمة لا يتبين تكثير العتق لان الفضل فيما بينهما مقدار نصف العشر فلا يتبين بذلك المقدار تكثير العتق وقد قالوا فى المضارب اذا اشترى جارية بألف فولدت ولدا يساوى ألفا فادعاه رب المال ثبت النسب وعتق الولد وصارت الجارية أم ولد له وانتقضت المضاربة ولا ضمان عليه لان دعوته صادفت ملكه فثبت النسب واستندت الدعوة الى وقت العلوق ولا قيمة للولد فى ذلك الوقت ولا فضل فى المال فلا تجب عليه القيمة ولا العقر لانه وطئ ملك نفسه وليس له أن يزوج عبدا ولا أمة من مال المضاربة فى قول أبى حنيفة ومحمد عليهما الرحمة وعند أبى يوسف رحمه الله يزوج الامة ولا يزوج العبد وقد ذكرنا المسئلة فى موضع آخر وروى ابن رستم عن محمد انه ليس له أن يزوج أمة من المضاربة لانه لا يملك أن يشترى شيأ من مال المضاربة لنفسه فلا يملك أن يعقد على جارية المضاربة لنفسه فان تزوج باذن رب المال فهو جائز اذا لم يكن فى المال ربح وقد خرجت من المضاربة أما الجواز فلانه اذا لم يكن فى المال ربح لم يكن للمضارب فيها ملك وانما له حق التصرف وانه لا يمنع النكاح كالعبد المأذون (وأما) خروج الامة عن المضاربة فلان العادة ان من تزوج أمة حصنها ومنعها من الخروج والبروز والمضاربة تقتضى العرض على البيع وابرازها للمشترى وكان اتفاقهما على التزويج اخراجا اياها عن المضاربة وتحسب مقدار قيمتها من رأس المال لانه لما أخرجها من المضاربة صار كانه استرد ذلك القدر من رأس المال وقد قال الحسن بن زياد عن أبى حنيفة ان المضارب لا يملك أن يزوج أمة من المضاربة لعبد من المضاربة لان تصرف المضارب يختص بالتجارة والتزويج ليس من التجارة وذكر القدورى رحمه الله وقال ينبغى أن يكون هذا قولهم لان عند أبى يوسف ان كان يملك تزويج الامة لا يملك تزويج العبد ولو أخذ المضارب نخلا أو شجرا أو رطبة معاملة على أن ينفق من المال لم يجز على رب المال وان كان قال له رب المال حين دفع اليه اعمل فيه برأيك لان الاخذ منه معاملة عقد على منافع نفسه ومنافع نفس المضارب لا تدخل تحت عقد المضاربة فصار كما لو آجر نفسه للخدمة ولا يعتبر ما شرط من الانفاق لان ذلك ليس بمعقود عليه بل هو تابع للعمل كالخيط فى اجارة الخياط والصبغ فى الصباغة وكذا لا يعتبر قوله اعمل برأيك لما ذكرنا ان ذلك يفيد تفويض الرأى اليه فى المضاربة والمضاربة تصرف فى المال وهذا عقد على منافع نفسه ومنافع نفس المضارب لا يجوز أن يستحق بدلها رب المال ولو أخذ أرضا مزارعة على أن يزرعها فما أخرج من ذلك كان نصفين فاشترى طعاما ببعض المزارعة فزرعه قال محمد هذا يجوز ان قال له اعمل برأيك وان لم يكن قال له اعمل برأيك لم يجز لانه يوجب حقا لرب الارض فى مال رب المال فيصير كانه شاركه بمال المضاربة وانه لا يملك الاشراك باطلاق العقد ما لم يقل اعمل برأيك فاذا قال ملك كذا هذا وقال الحسن بن زياد ان الارض والبذر والبقر اذا كان من قبل رب الارض والعمل على المضارب لم يكن ذلك على المضاربة بل يكون للمضارب خاصة لما ذكرنا انه عقد على منافع نفسه فكان له بدل منافع نفسه فلا يستحقه رب المال وكذلك اذا شرط البقر على المضارب لان العقد وقع على منفعته وانما البقر آلة العمل والآلة تبع ما لم يقع عليها العقد ولو دفع المضارب أيضا بغير بذر مزارعة جازت سواء قال اعمل برأيك أو لم يقل لانه لم يوجب شركة فى مال رب المال انما آجر أرضه والاجارة داخلة تحت عقد المضاربة والله عز وجل أعلم (وأما) القسم الذى للمضارب أن يعمله اذا قيل له اعمل برأيك وان لم ينص عليه فالمضاربة والشركة والخلط فله أن يدفع مال المضاربة مضاربة الى غيره وان يشارك غيره فى مال المضاربة شركة عنان وأن يخلط مال المضاربة بمال نفسه اذا قال له رب المال اعمل برأيك وليس له أن يعمل شيأ من ذلك اذا لم يقل له ذلك أما المضاربة فلان المضاربة مثل المضاربة

والشىء لا يستتبع مثله فلا يستفاد بمطلق عقد المضاربة مثله ولهذا لا يملك الوكيل التوكيل بمطلق العقد كذا هذا (وأما) الشركة فهى أولى أن لا يملكها بمطلق العقد لانها أعم من المضاربة والشىء لا يستتبع مثله فما فوقه أولى (وأما) الخلط فلانه يوجب فى مال رب المال حقا لغيره فلا يجوز الا باذنه وان لم يقل له ذلك فدفع المضارب مال المضاربة مضاربة الى غيره فنقول لا يخلو من وجوه اما ان كانت المضاربتان صحيحتين واما ان كانتا فاسدتين واما ان كانت احداهما صحيحة والاخرى فاسدة فان كانتا صحيحتين فان المال لا يكون مضمونا على المضارب الاول بمجرد الدفع الى الثانى حتى لو هلك المال فى يد الثانى قبل أن يعمل يهلك امانة وهذا قول أصحابنا الثلاثة وقال زفر يصير مضمونا بنفس الدفع عمل الثانى أو لم يعمل واذا هلك قبل العمل يضمن وهو رواية عن أبى يوسف أيضا (وجه) قول زفر ان رب المال اذا لم يقل للمضارب اعمل برأيك لم يملك دفع المال مضاربة الى غيره فاذا دفع صار بالدفع مخالفا فصار ضامنا كالمودع اذا أودع (ولنا) ان مجرد الدفع ايداع منه وهو يملك ايداع مال المضاربة فلا يضمن بالدفع وروى الحسن عن أبى حنيفة رحمه الله انه لا ضمان على الاول حتى يعمل به الثانى ويربح فاذا عمل به وربح كان ضامنا حين ربح وان عمل فى المال فلم يربح حتى ضاع من يده فلا ضمان عليه وروى محمد عن أبى يوسف أنه لا ضمان عليه حتى يعمل الثانى فاذا عمل ضمن ربح الثانى أو لم يربح وهكذا روى ابن سماعة والفضل بن غانم عن أبى يوسف وهو قول محمد رحمه الله وذكر القاضى فى شرحه مختصر الطحاوى ان هذا ظاهر الرواية عن أبى حنيفة (وجه) قولهما انه لما عمل فقد تصرف فى المال بغير اذن المالك فيتعين به الضمان سواء ربح أو لم يربح ولابى حنيفة لا سبيل الى التضمين بالدفع لانه ايداع وابضاع ولا بالعمل لانه ما لم يربح فهو فى حكم المبضع والمبضع لا يضمن بالعمل ولا يجوز أن يضمن بالشرط لانه مجرد قول ومجرد القول فى ملك الغير لا يتعلق به ضمان لكنه اذا ربح فقد ثبت له شركة فى المال باثبات المضارب الاول فصار الاول مخالفا فيضمن كما لو خلط مال المضاربة بغيره أو شارك به واذا وجب الضمان بالعمل والربح أو بنفس العمل على اختلافهم فى ذلك فرب المال بالخيار ان شاء ضمن الاول وان شاء ضمن الثانى أما على أصل أبى يوسف ومحمد فى المودع اذا أودع فظاهر لوجود سبب وجوب الضمان من كل واحد منهما لان الاول تعدى بالدفع والثانى تعدى بالقبض فصار عندهما كالمودع اذا أودع وأما على أصل أبى حنيفة فى مسئلة الوديعة فيحتاج الى الفرق لان الضمان عنده على المودع الاول لا على الثانى وفى مسئلة المضاربة أثبت له خيار تضمين الثانى لان المضارب الثانى يعمل فى المال لمنفعة نفسه وهى الربح فكان عاملا لنفسه فجاز أن يضمن والمودع الثانى لم يقبض لمنفعة نفسه بل لمنفعة الاول لحفظ الوديعة فلم يضمن فان ضمن المضارب الاول لا يرجع بما ضمن على الثانى وصحت المضاربة بين الاول والثانى والربح على ما شرطا لانه لما تقرر الضمان على الاول فقد ملك المضمون وصار كانه دفع مال نفسه مضاربة الى الثانى فكان الربح على ما شرطا لان الشرط قد صح وان ضمن الثانى رجع بما ضمن على الاول وصار حاصل الضمان على الاول لان الاول غره بالعقد فصار مغرورا من جهته فكان له أن يرجع عليه بما ضمن كمودع الغاصب وهو ضمان كفالة فى الحقيقة لان الاول التزم له سلامة المقبوض عن الضمان ولم يسلم له بخلاف الرهن وهو ما اذا غصب رجل شيأ فرهنه فهلك فى يد المرتهن فاختار المالك تضمين المرتهن انه يرجع على الراهن بما ضمن ولا يصح عقد الرهن (ووجه) الفرق ان قبض المرهون شرط صحة الرهن ولما ضمن المرتهن تبين ان قبضه لم يصح فتبين ان الرهن لم يصح اذ لا صحة له بدون القبض فاما فى المضاربة فيضمن الثانى ابطال القبض بعد وجوده لان المضاربة عقد جائز فكان لبقائه حكم الابتداء كانه ابتدأ العقد بعد أداء الضمان فكان التضمين ابطال القبض بعد وجوده وذلك لا يبطل المضاربة ألا ترى ان المضارب لو باع المال من رب المال لا تبطل المضاربة وان بطل قبضه ولو رد المرتهن الرهن على الراهن يبطل الرهن لذلك افترقا وذكر ابن سماعة عن محمد انه يطيب الربح للاسفل ولا يطيب للاعلى على قياس قول أبى حنيفة عليه الرحمة لان استحقاق الاسفل بعمله ولا خطر فى عمله فيطيب له الربح فاما الاعلى

فانما يستحق الربح برأس المال والملك فى رأس المال انما حصل له بالضمان فلا يخلو عن نوع خبث فلا يطيب له وان كانتا فاسدتين فلا ضمان على واحد منهما لان الاول أجير فى مال المضاربة والثانى أجير الاول فصار كمن استأجر رجلا يعمل فى ماله فاستأجر الاجير رجلا وان كانت احداهما صحيحة والاخرى فاسدة فان كانت الاولى صحيحة والاخرى فاسدة فكذلك لا ضمان على واحد منهما وان عمل المضارب الثانى فى المال لان المضارب الثانى أجير الاول والاجير لا يستحق شيأ من الربح فلم يثبت له شركة فى رأس المال فلا يجب الضمان على الاول ولا على الثانى لانه لا ضمان على الاجير وله أجر مثل عمله على المضارب الاول وللمضارب الاول ماشرط له من الربح لوقوع المضاربة صحيحة وان كانت الاولى فاسدة والثانى صحيحة فكذلك لان الاول أجير فى مال المضاربة فلا حق له فى الربح فلم ينفذ شرطه فيه فلا يلزمه الضمان اذ الضمان انما يجب باثبات الشركة ويكون الربح كله لرب المال لانه ربح حصل فى مضاربة فاسدة وللمضارب الاول أجر مثله لان عمل الثانى وقع له فكأنه عمل بنفسه وللثانى على الاول مثل ماشرط له من الربح لانه عمل مضاربة صحيحة وقد سمى له أشياء فهو مستحق للغير فيضمن هذا اذا لم يقل له رب المال اعمل برأيك فاما اذا قال له اعمل برأيك فله أن يدفع مال المضاربة مضاربة الى غيره لانه فوض الرأى اليه وقد رأى أن يدفعه مضاربة فكان له ذلك ثم اذا عمل الثانى وربح كيف يقسم الربح فنقول جملة الكلام فيه ان رب المال لا يخلو اما ان كان أطلق الربح فى عقد المضاربة ولم يضفه الى المضارب بان قال على ان ما رزق الله تعالى من الربح فهو بيننا نصفان أو قال ما أطعم الله تعالى من ربح فهو بيننا نصفان واما ان أضافه الى المضارب بان قال على ان ما رزقك الله تعالى من الربح أو ما أطعمك الله عز وجل من ربح أو على ان ما ربحت من شئ أو ما أصبت من ربح فان أطلق الربح ولم يضفه الى المضارب ثم دفع المضارب الاول المال الى غيره مضاربة بالثلث فربح الثانى فثلث جميع الربح للثانى لان شرط الاول للثانى قد صح لانه يملك نصف الربح فكان ثلث جميع الربح بعض ما يستحقه الاول فجاز شرطه للثانى فكان ثلث جميع الربح للثانى ونصفه لرب المال لان الاول لا يملك من نصيب رب المال شيأ فانصرف شرطه الى نصيبه لا الى نصيب رب المال فبقى نصيب رب المال على حاله وهو النصف وسدس الربح للمضارب الاول لانه لم يجعله للثانى فبقى له بالعقد الاول ويطيب له ذلك لان عمل المضارب الثانى وقع له فكأنه عمل بنفسه كمن استأجر انسانا على خياطة ثوب بدرهم فاستأجر الاجير من خاطه بنصف درهم طاب له الفضل لان عمل أجيره وقع له فكأنه عمل بنفسه كذا هذا ولو دفع الى الثانى مضاربة بالنصف فنصف الربح للثانى ونصفه لرب المال ولا شئ للمضارب الاول لانه جعل جميع ما يستحقه وهو نصف الربح للثانى وصح جعله لانه مالك للنصف والنصف لرب المال بالعقد الاول وصار كمن استأجر رجلا على خياطة ثوب بدرهم فاستأجر الاجير من خاطه بدرهم ولو دفعه اليه مضاربة بالثلثين فنصف الربح لرب المال ونصفه للمضارب الثانى ويرجع الثانى على الاول بمثل سدس الربح الذى شرطه له لان شرط الزيادة ان لم ينفذ فى حق رب المال لما لم يرض لنفسه بأقل من نصف الربح فقد صح فيما بين الاول والثانى لان الاول غر الثانى بتسمية الزيادة والغرور فى العقود من أسباب وجوب الضمان وهو فى الحقيقة ضمان الكفالة وهو ان الاول صار ملتزما سلامة هذا القدر للثانى ولم يسلم له فيغرم للثانى مثل سدس الربح ولا يصير بذلك مخالفا لان شرطه لم ينفذ فى حق رب المال فالتحق بالعدم فى حقه فلا يضمن وصار كمن استأجر رجلا لخياطة ثوب بدرهم فاستأجر الاجير من يخيطه بدرهم ونصف انه يضمن زيادة الاجرة كذا هذا ولو أضافه الى المضارب فدفعه الاول مضاربة الى غيره بالثلث أو بالنصف أو بالثلثين فجميع ماشرط للثانى من الربح يسلم له وماشرط للمضارب الاول من الربح يكون بينه وبين رب المال نصفين بخلاف الفصل الاول (ووجه) الفرق ان هنا شرط رب المال لنفسه نصف ما رزق الله تعالى للمضارب أو نصف ما ربح المضارب فاذا دفع الى الثانى مضاربة بالثلث كان الذى رزق الله عز وجل المضارب الاول الثلثين فكان الثلث للثانى والثلثان بين رب المال وبين المضارب الاول نصفين لكل واحد منهما الثلث

واذا دفع مضاربة بالنصف كان ما رزقه الله تعالى للمضارب الاول النصف فكان النصف للثانى والنصف بينهما نصفين واذا دفعه مضاربة بالثلثين كان الذى رزقه الله تعالى الثلث والثلثان للثانى والثلث بينهما لكل واحد منهما السدس وفى الفصل الاول رب المال انما شرط لنفسه نصف جميع ما رزق الله تعالى ونصف جميع الربح وذلك ينصرف الى كل الربح وكذا له أن يخلط مال المضاربة بمال نفسه لانه فوض الرأى اليه وقد رأى الخلط واذا ربح قسم الربح على المالين فربح ماله يكون له خاصة وربح مال المضاربة يكون بينهما على الشرط وكذا له أن يشارك غيره شركة عنان لما قلنا ويقسم الربح بينهما على الشرط لان الشرط قد صح واذا قسم الربح بينهما يكون مال المضاربة مع حصة المضارب من الربح فيستوفى منها رب المال رأس ماله وما فضل يكون بينهما على الشرط (وأما) القسم الذى ليس للمضارب أن يعمله أصلا ورأساً فشراء ما لا يملك بالقبض وما لا يجوز بيعه فيه اذا قبضه (اما) الاول فنحو شراء الميتة والدم والخمر والخنزير وأم الولد والمكاتب والمدبر لان المضاربة تتضمن الاذن بالتصرف الذى يحصل به الربح والربح لا يحصل الا بالشراء والبيع فما لا يملك بالشراء لا يحصل فيه الربح وما يملك بالشراء لكن لا يقدر على بيعه لا يحصل فيه الربح أيضاً فلا يدخل تحت الاذن فان اشترى شيأ من ذلك كان مشتريا لنفسه لا للمضاربة فان دفع فيه شيأ من مال المضاربة يضمن وان اشترى ثوبا أو عبداً أو عرضاً من العروض بشئ مما ذكرنا سوى الميتة والدم فالشراء على المضاربة لان المبيع هنا مما يملك بالقبض ويجوز بيعه فكان هذا شراء فاسداً والاذن بالشراء المستفاد بعقد المضاربة يتناول الصحيح والفاسد (وأما) اذا كان الثمن ميتة أو دما فما اشترى به لا يكون على المضاربة لان الميتة والدم لا تملك بالقبض أصلا (وأما) الثانى فنحو أن يشترى ذا رحم محرم من رب المال فلا يكون المشترى للمضاربة بل يكون مشتريا لنفسه لانه لو وقع شراؤه للمضاربة لعتق على رب المال فلا يقدر على بيعه بعد ذلك ولا يحصل المقصود من الاذن فلا يدخل تحت الاذن ولو اشترى ذا رحم محرم من نفسه فان لم يكن فى المال ربح فالشراء على المضاربة لانه لا ملك له فيه فيقدر على بيعه فيحصل المقصود وان كان فى المال ربح لم يكن الشراء على المضاربة لانه اذا كان فى المضاربة ربح يملك قدر نصيبه من الربح فيعتق ذلك القدر عليه فلا يقدر على بيعه ولا على بيع الباقى لانه معتق البعض وما لا يقدر على بيعه لا يكون للمضاربة لما قلنا (وأما) المضاربة المقيدة فحكمها حكم المضاربة المطلقة فى جميع ما وصفنا لا تفارقها الا فى قدر القيد والاصل فيه ان القيد ان كان مفيداً يثبت لان الاصل فى الشروط اعتبارها ما أمكن واذا كان القيد مفيداً كان يمكن الاعتبار فيعتبر لقول النبي عليه أفضل الصلاة والسلام المسلمون عند شروطهم فيتقيد بالمذكور ويبقى مطلقاً فيما وراءه على الاصل المعهود فى المطلق اذا قيد ببعض المذكور انه يبقى مطلقاً فيما وراءه كالعام اذا خص منه بعضه انه يبقى عاما فيما وراءه وان لم يكن مفيداً لا يثبت بل يبقى مطلقاً لان ما لا فائدة فيه يلغو ويلحق بالعدم اذا عرفنا هذا فنقول اذا دفع رجل الى رجل مالا مضاربة على أن يعمل به فى الكوفة فليس له أن يعمل فى غير الكوفة لان قوله على ان من ألفاظ الشرط وانه شرط مفيد لان الاماكن تختلف بالرخص والغلاء وكذا فى السفر خطر فيعتبر وحقيقة الفقه فى ذلك ان الاذن كان عدماً وانما يحدث بالعقد فيبقى فيما وراء ما تناوله العقد على أصل العدم وكذا لا يعطيها بضاعة لمن يخرج بها من الكوفة لانه اذا لم يملك الاخراج بنفسه فلأن لا يملك الامر بذلك أولى وان أخرجها من الكوفة فان اشترى بها وباع ضمن لانه تصرف لا على الوجه المأذون فصار فيه مخالفاً فيضمن وكان المشترى لنفسه له ربحه وعليه وضيعته لكن لا يطيب له الربح عند أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف يطيب وان لم يشتر بها شيأ حتى ردها الى الكوفة برئ من الضمان ورجع المال مضاربة على حاله لانه عاد الى الوفاق قبل تقرر الخلاف فيبرأ عن الضمان كالمودع اذا خالف ثم عاد الى الوفاق ولو لم يرده حتى هلك قبل التصرف لا ضمان عليه لانه لما لم يتصرف لم يتقرر الخلاف فلا يضمن ولو اشترى ببعضه ورد بعضه فما اشتراه فهو له وما رد رجع على المضاربة لانه تقرر الخلاف فى القدر المشترى وزال عن القدر المردود ولو دفع اليه على أن يعمل فى سوق الكوفة فعمل فى الكوفة فى غير

سوقها

سوقها فهو جائز على المضاربة استحسانا والقياس ان لا يجوز (وجه) القياس انه شرط عليه العمل فى مكان معين فلا يجوز فى غيره كما لو شرط ذلك فى بلد معين (وجه) الاستحسان ان التقييد بسوق الكوفة غير مفيد لان البلد الواحد بمنزلة بقعة واحدة فلا فائدة فى التعليق بهذا الشرط فيلغو الشرط ولو قال له اعمل به فى سوق الكوفة أولا تعمل به الا فى سوق الكوفة فعمل فى غير سوق الكوفة يضمن لان قوله لا تعمل الا فى سوق الكوفة حجر له فلا يجوز تصرفه بعد الحجر وفى الفصل الاول ما حجر عليه بل شرط عليه ان يكون عمله فى السوق والشرط غير مفيد فلغا ولو قال له خذ هذا المال تعمل به فى الكوفة لم يجز له العمل فى غيرها لان فى كلمة ظرف فقد جعل الكوفة ظرفا للتصرف الذى أذن له فيه فلو جاز فى غيرها لم تكن الكوفة ظرفا لتصرفه وكذلك اذا قال له فاعمل به فى الكوفة لما قلنا ولان الفاء من حروف التعليق فتوجب تعلق ما قبلها بما بعدها وانما يتعلق اذا لم يجز التصرف فى غيرها وكذلك اذا قال خذ هذا المال بالتصرف بالكوفة لان الباء حرف الصاق فتقتضى التصاق الصفة بالموصوف وهذا يمنع جواز التصرف فى غيرها ولو قال خذ هذا المال مضاربة واعمل به فى الكوفة فله أن يعمله بالكوفة وحيث ما بدا له لان قوله خذ هذا المال مضاربة اذن له فى التصرف مطلقا وقوله واعمل به فى الكوفة اذن له بالعمل فى الكوفة فكان له أن يعمل فى أى موضع شاء كمن قال لغيره اعتق عبدا من عبيدى ثم قال له اعتق عبدى سالما ان له أن يعتق أى عبد شاء ولا يتقيد التوكيل باعتاق سالم كذا هذا اذ المضاربة توكيل بالشراء والبيع ولو قال خذ هذا المال مضاربة الى سنة جازت المضاربة عندنا وقال الشافعى رحمه الله المضاربة فاسدة (وجه) قوله أنه اذا وقت للمضاربة وقتا فيحتمل انه لا يجوز كونها فى الوقت فلا يفيد العقد فائدة (ولنا) ان المضاربة توكيل والتوكيل يحتمل التخصيص بوقت دون وقت وذكر الطحاوى وقال لم يجز عند أصحابنا توقيت المضاربة وقياس قولهم فى الوكالة انها لا تختص بالوقت لانهم قالوا لو وكل رجلا ببيع عبده اليوم فباعه غدا جاز كالوكالة المطلقة وما قاله ليس بسديد لانهم قالوا فى الوكيل اذا قيل له بعه اليوم ولا تبعه غدا جاز ذلك ولم يكن له أن يبيعه غدا وكذا اذا قيل له على أن تبيعه اليوم دون غد ولو قال خذ هذا المال مضاربة بالنصف على أن تشترى به الطعام أو قال فاشتر به الطعام أو قال تشترى به الطعام أو قال خذ هذا المال مضاربة بالنصف فى الطعام فذلك كله سواء وليس له أن يشترى سوى الطعام بالاجماع لما ذكرنا على أن ان للشرط والاصل فى الشرط المذكور فى الكلام اعتباره والفاء للتعليق ما قبلها بما بعدها وقوله يشترى به الطعام تفسير التصرف المأذون به وقوله فى الطعام فى كلمة ظرف فاذا دخلت على ما لا يصلح ظرفا تصير بمعنى الشرط وكل ذلك يقتضى التقييد بالشرط المذكور وانه شرط مفيد لان بعض أنواع التجارة يكون أقرب الى المقصود من بعض وكذا الناس مختلفون فى ذلك فقد يهتدى الانسان الى بعض التجارة دون بعض فكان الشرط مفيدا فيتقيد به ولا يملك أن يشترى غير الطعام والطعام هو الحنطة ودقيقها اذ لا يراد به كل ما يتطعم بل البعض دون البعض والامر يختلف باختلاف عادة البلدان فاسم الطعام فى عرفهم لا ينطلق الا على الحنطة ودقيقها وكذلك لو ذكر جنسا آخر بان قال له خذ هذا المال مضاربة بالنصف على أن تشترى به الدقيق أو الخبز أو البر أو غير ذلك ليس له أن يعمل من غير ذلك الجنس بلا خلاف لكن له أن يشترى ذلك الجنس فى المصر وغيره وان يبضع فيه وان يعمل فيه جميع ما يعمله المضارب فى المضاربة المطلقة لما ذكرنا ان اللفظ المطلق اذا قيد ببعض الاشياء يبقى على اطلاقه فيما وراءه وقال ابن سماعة سمعت محمدا قال فى رجل دفع الى رجل مالا مضاربة فقال له ان اشتريت به الحنطة فلك من الربح النصف ولى النصف وان اشتريت به الدقيق فلك الثلث ولى الثلثان فقال هذا جائز وله أن يشترى أى ذلك شاء على ما سمى له رب المال لانه خيره بين عملين مختلفين فيجوز كما لو خير الخياط بين الخياطة الرومية والفارسية ولو دفع اليه على انه ان عمل فى المصر فله ثلث الربح وان سافر فله النصف جاز والربح بينهما على ما شرط ان عمل فى المصر فله الثلث وان سافر فله النصف ولو اشترى فى المصر وباع فى السفر أو اشترى فى السفر وباع فى المصر فقد روى عن محمد انه قال المضاربة فى هذا على الشراء فان اشترى فى المصر فالربح فى ذلك المتاع فهو على ما شرط فى المصر سواء

باعه فى المصر أو فى غيره لان المضارب انما يستحق الربح بالعمل والعمل يحصل بالشراء فاذا اشترى فى المصر تعين أحد العملين فلا يتغير بالسفر وان عمل ببعض المال فى السفر و بالبعض فى الحضر فربح كل واحد من المالين على ماشرط ولو قال له على أن تشترى من فلان وتبيع منه جاز عندنا وهو على فلان خاصة ليس له أن يشترى و يبيع من غيره وقال الشافعى رحمه الله المضاربة فاسدة لان فى تعيين الشخص تضييق طريق الوصول الى المقصود من التصرف وهو الربح وتغيير مقتضى العقد لان مقتضى العقد التصرف مع من شاء (ولنا) ان هذا شرط مفيد لاختلاف الناس فى الثقة والامانة لان الشراء من بعض الناس قد يكون أربح لكونه أسهل فى البيع وقد يكون أوثق على المال فكان التقييد مفيداً كالتقييد بنوع دون نوع وقوله التعيين يغير مقتضى العقد قلنا ليس كذلك بل هو مباشرة العقد مفيداً من الابتداء وانه قيد مفيد فوجب اعتباره ولو قال على ان تشترى بها من أهل الكوفة وتبيع فاشترى و باع من رجال بالكوفة من غير أهلها فهو جائز لان هذا الشرط لا يفيد الا ترك السفر كأنه قال على ان تشترى ممن بالكوفة وكذلك اذا دفع اليه مالا مضاربة فى الصرف على أن يشترى من الصيارفة و يبيع كان له أن يشترى من غير الصيارفة مابدا له من الصرف لان التقييد بالصيارفة لا يفيد الا تخصيص البلد أو النوع فاذا حصل ذلك من صيرفى أو غيره فهو سواء ولو دفع اليه مالا مضاربة ثم قال له بعد ذلك اشتر به البز و بع فله أن يشترى البز وغيره لانه أذن بالشراء مطلقاً ثم أمره بشراء البز فكان له أن يشترى ماشاء وهذا كقوله خذ هذا المال مضاربة واعمل به بالكوفة الا ان هناك القيد مقارن وههنا متراخى وقد ذكرناه وذكر القدورى رحمه الله ان هذا محمول على انه نهاه بعد الشراء والحكم فى التقييد الطارئ على مطلق العقد انه ان كان ذلك قبل الشراء يعمل وان كان بعد ما اشترى به لا يعمل الى أن يبيعه بمال عين فيعمل التقييد عند ذلك حتى لا يجوز أن يشترى الا ماقال ولو دفع اليه مالا مضاربة على أن يبيع و يشترى بالنقد فليس له أن يشترى و يبيع الا بالنقد لان هذا التقييد مفيد فيتقيد بالمذكور ولو قال له بع بنسيئة ولا تبع بالنقد فباع بالنقد جاز لان النقد انفع من النسيئة فلم يكن التقييد بها مفيداً فلا يثبت القيد وصار كما لو قال للوكيل بع بعشرة فباع بأكثر منها جاز كذا هذا (واما) الذى يرجع الى عمل رب المال مما له أن يعمله وما ليس له أن يعمله فقد قال أصحابنا اذا باع رب المال مال المضاربة بمثل قيمته أو أكثر جاز بيعه واذا باع بأقل من قيمته لم يجز الا ان يجيزه المضارب سواء باع بأقل من قيمته مما لا يتغابن الناس فيه أو مما يتغابن الناس فيه لان جواز بيع رب المال من طريق الاعانة للمضارب وليس من الاعانة ادخال النقص عليه بل هو استهلاك فلا يحتمل قل أو كثر وعلى هذا لو كان المضارب اثنين فباع أحدهما باذن رب المال لم يجز أن يبيعه الا بمثل القيمة أو أكثر الا أن يجيزه المضارب الآخر لان أحد المضاربين لا ينفرد بالتصرف بنفس العقد بل باذن رب المال وهو لا يملك التصرف بنفسه اذا كان فيه غبن فلا يملك الامر به واذا اشترى المضارب بمال المضاربة متاعا وفيه فضل أو لا فضل فيه فأراد رب المال بيع ذلك فأبى المضارب وأراد امساكه حتى يجد ربحاً فان المضارب يجبر على بيعه الا أن يشاء أن يدفعه الى رب المال لان منع المالك عن تنفيذ ارادته فى ملكه لحق يحتمل الثبوت والعدم وهو الربح لا سبيل اليه ولكن يقال له ان أردت الامساك فرد عليه ماله وان كان فيه ربح يقال له ادفع اليه رأس المال وحصته من الربح ويسلم المتاع اليك ولو أخذ رجل مالا ليعمل لاجل ابنه مضاربة فان كان الابن صغيرا لا يعقل البيع فالمضاربة للاب ولا شئ للابن من الربح لان الربح فى باب المضاربة يستحق بالمال أو بالعمل وليس للابن واحد منهما فان كان الابن يقدر على العمل فالمضاربة للابن والربح له ان عمل فان عمل الاب بأمر الابن فهو متطوع وان عمل بغير أمره صار بمنزلة الغاصب لانه ليس له أن يعمل فيه بغير اذنه فصار كالاجنبى وقد قالوا فى المضارب اذا اشترى جارية فليس لرب المال أن يطأها سواء كان فيه ربح أو لم يكن اما اذا كان فيه ربح فلا شك فيه لان للمضارب فيه ملكا ولا يجوز وطء الجارية المشتركة وان لم يكن فيها ربح فللمضارب فيها حق يشبه الملك بدليل أن رب المال لا يملك منعه من التصرف ولو مات كان للمضارب أن يبيعها

فصارت كالجارية المشتركة و يجوز شراء رب المال من المضارب وشراء المضارب من رب المال وان لم يكن فى المضاربة ربح فى قول أصحابنا الثلاثة وقال زفر رحمه الله لا يجوز الشراء بينهما فى مال المضاربة (وجه) قول زفر ان هذا بيع ماله بماله وشراء ماله بماله إذ المال ان جميعاً لرب المال وهذا لا يجوز كالوكيل مع الموكل (ولنا) أن لرب المال فى مال المضاربة ملك رقبة لا ملك تصرف وملكه فى حق التصرف كملك الاجنبى وللمضارب فيه ملك التصرف لا الرقبة فكان فى حق ملك الرقبة كملك الاجنبى حتى لا يملك رب المال منعه عن التصرف فكان مال المضاربة فى حق كل واحد منهما كمال الاجنبى لذلك جاز الشراء بينهما ولو اشترى المضارب داراً ورب المال شفيعها بدار أخرى بجنبها فله أن يأخذ بالشفعة لان المشترى وان كان له فى الحقيقة لكنه فى الحكم كأنه ليس له بدليل انه لا يملك انتزاعه من يد المضارب ولهذا جاز شراؤه من المضارب ولو باع المضارب داراً من المضاربة ورب المال شفيعها فلا شفعة له سواء كان فى الدار المبيعة ربح وقت البيع أو لم يكن اما اذا لم يكن فيها ربح فلان المضارب وكيله بالبيع والوكيل ببيع الدار اذا باع لا يكون للموكل الاخذ بالشفعة وان كان فيها ربح فاما حصة رب المال فكذلك هو وكيل بيعها وأما حصة المضارب فلانا لو أوجبنا فيها الشفعة لتفرقت الصفقة على المشترى ولان الربح تابع لرأس المال فاذا لم تجب الشفعة فى المتبوع لا تجب فى التابع ولو باع رب المال دار النفسه والمضارب شفيعها بدار أخرى من المضاربة فان كان فى يده من مال المضاربة وفاء بثمن الدار لم تجب الشفعة لانه لو أخذ بالشفعة لوقع لرب المال والشفعة لا تجب لبائع الدار وان لم يكن فى يده وفاء فان لم يكن فى الدار ربح فلا شفعة لانه أخذها رب المال وان كان فيه ربح فللمضارب أن يأخذها لنفسه بالشفعة لان له نصيباً فى ذلك فجاز أن يأخذها لنفسه ولو ان أجنبيا اشترى دارا الى جانب دار المضاربة فان كان فى يد المضارب وفاء بالثمن فله أن يأخذها بالشفعة للمضاربة وان سلم الشفعة بطلت وليس لرب المال أن يأخذها لنفسه لان الشفعة وجبت للمضاربة وملك التصرف فى المضاربة للمضارب فاذا سلم جاز تسليمه على نفسه وعلى رب المال وان لم يكن فى يده وفاء فان كان فى الدار ربح فالشفعة للمضارب ولرب المال جميعا فان سلم أحدهما فللآخر أن يأخذها جميعا لنفسه بالشفعة كدار بين اثنين وجبت الشفعة لهما وان لم يكن فى الدار ربح فالشفعة لرب المال خاصة لانه لا نصيب للمضارب فيه قال أبو يوسف اذا استأجر الرجل أجيراً كل شهر بعشرة دراهم ليشترى له و يبيع ثم دفع المستأجر الى الاجير دراهم مضاربة فالمضاربة فاسدة والربح كله للدافع ولا شئ للاجير سوى الاجرة وقال محمد المضاربة جائزة ولا شئ للاجير فى الوقت الذى يكون مشغولا بعمل المضاربة (وجه) قول محمد انه لما دفع اليه المضاربة فقد اتفقا على ترك الاجارة وتنقضها فما دام يعمل بالمضاربة فلا أجر له ولان الاجارة شركة لهذا لا تقبل التوقيت ولو شاركه بعدما استأجره جازت الشركة فكذا المضاربة ولابى يوسف انه لما استأجره فقد ملك عمله فاذا دفع اليه مضاربة فقد شرط للمضارب ربحاً بعمل قد ملكه رب المال وهذا لا يجوز ولان المضارب يعمل لنفسه فلا يجوز أن يستوجب الربح والاجر ولا يجوز أن ينتقض الاجارة بالمضاربة لان الاجارة أقوى من المضاربة لانها لازمة والمضاربة ليست بلازمة والشئ لا ينتقض بما هو أضعف منه وما ذكر محمد أن المضاربة شركة فالجواب ان الشريك يستحق الربح بالمال والمضارب بالعمل ورب المال قد ملك العمل فلا يجوز أن يستحق المضارب الربح ولان الشريك يعمل لنفسه فكانه امتنع من عمل الاجارة فيسقط عنه الاجرة بحصته والمضارب يعمل لرب المال فيبقى عمله على الاجارة ولو اشترى المضارب بمال المضاربة وهو ألف عبداً قيمته ألف فقتل عمدا فلرب المال القصاص لان العبد ملكه على الخصوص لا حق للمضارب فيه وان كانت قيمته ألفين لم يكن فيه قصاص وان اجتمعا لان ملك كل واحد منهما لم يتعين أما رب المال فلان رأس المال ليس هو العبد وانما هو الدراهم ولو أراد أن يعين رأس ماله فى العبد كان للمضارب أن يمنعه عن ذلك حتى يبيع و يدفع اليه من الثمن واذا لم يتعين ملك رب المال لم يتعين ملك المضارب قبل استيفاء رأس المال واذا لم يتعين ملكهما فى العبد لم يجب القصاص لواحد منهما وان اجتمعا وتؤخذ قيمة العبد

من القاتل فى ماله فى ثلاث سنين لان القصاص سقط فى القتل العمد لمانع مع وجود السبب فتجب الدية فى ماله ويكون المأخوذ على المضاربة يشترى به المضارب ويبيع لانه بدل مال المضاربة فيكون على المضاربة كالثمن وذكر محمد فى النوادر اذا كان فى يد المضارب عبدان قيمة كل واحد منهما ألف فقتل رجل أحد العبدين عمدا لم يكن لرب المال عليه قصاص لان ملك رب المال لم يتعين فى العبد المقتول على ما بينا وعلى القاتل قيمته فى ماله ويكون فى المضاربة لما قلنا والاصل ان فى كل موضع وجب بالقتل القصاص خرج العبد عن المضاربة وفى كل موضع وجب بالقتل مال فالمال على المضاربة لان القصاص اذا استوفى فقد هلك مال المضاربة وهلاك مال المضاربة يوجب بطلان المضاربة والقيمة بدل مال المضاربة فكانت على المضاربة كالثمن وقال محمد واذا اشترى المضارب ببعض مال المضاربة عبدا يساوى الفا فقتله رجل عمدا فلا قصاص فيه لا لرب المال ولا للمضارب ولا لهما اذا اجتمعا أما رب المال فلانه لو استوفى القصاص لا يصير مستوفيا لرأس المال بالقصاص لان القصاص ليس بمال ولهذا لو عفا المريض عن القصاص كان من جميع المال واذا لم يصر به مستوفياً رأس ماله يستوفى رأس المال من بقية المال واذا استوفى تبين أن العبد كان ربحاً فتبين أنه انفرد باستيفاء القصاص عن عبد مشترك (وأما) المضارب فلانه لم يتعين له فيه ملك ولا يجوز لهما الاجماع على الاستيفاء لهذا المعنى وهو أن حق كل واحد منهما غير متعين واختلف أصحابنا فى القتل العمد اذا ادعى على عبد المضاربة انه هل يشترط حضور الولى لسماع البينة قال أبو حنيفة ومحمد عليهما الرحمة يشترط وقال أبو يوسف رحمه الله لا يشترط (وجه) قوله ان العبد فى باب القصاص مبقى على أصل الحرية بدليل أنه لو أقر به يجوز اقراره وان كذبه الولى فلا يقف سماع البينة عليه على حضور المولى كالحر (ولهما) ان هذه البينة يتعلق بها استحقاق رقبة العبد فلا تسمع مع غيبة المولى كالبينة القائمة على استحقاق الملك والبينة القائمة على جناية الخطأ وقد قالوا جميعا لو أقر العبد بقتل عمدا فكذبه المولى والمضارب لزمه القصاص لان الاقرار بالقصاص مما لا يملكه المولى من عبده وهو مما يملك فيملكه العبد كالطلاق فان كان الدم بين شريكين وقد أقر به العبد فعفا أحدهما فلا شئ للآخر لان موجب الجناية انقلب مالا واقرار العبد غير مقبول فى حق المال فصار كانه أقر بجناية الخطأ فان كان رب المال صدقه فى اقراره وكذبه المضارب قيل لرب المال ادفع نصف نصيبك أو افده وان كان المضارب صدقه وكذبه رب المال قيل للمضارب ادفع نصيبك أو افده وصار كاحد الشريكين اذا أقر فى العبد بجناية وكذبه الآخر (وأما) وجوب القصاص على عبد المضاربة وان لم يجب بقتله القصاص لان عدم الوجوب بقتله لكون مستحق الدم غير متعين فاذا كان هو القاتل فالمستحق للقصاص هو ولى القتيل وانه متعين وتجوز المرابحة بين رب المال والمضارب وهو أن يشترى رب المال من مضاربه فيبيعه مرابحة أو يشترى المضارب من رب المال فيبيعه مرابحة لكن يبيعه على أقل الثمنين الا اذا بين الامر على وجهه فيبيعه كيف شاء وانما كان كذلك لان جواز شراء رب المال من المضارب والمضارب من رب المال ثبت معدولا به عن القياس لما ذكرنا ان رب المال اشترى مال نفسه بمال نفسه والمضارب يبيع مال رب المال من رب المال إذ المال لان ماله والقياس يأبى ذلك الا انا استحسنا الجواز لتعلق حق المضارب بالمال وهو ملك التصرف فجعل ذلك بيعاً فى حقهما الا فى حق غيرهما بل جعل فى حق غيرهما ملحقا بالعدم ولان المرابحة بيع يجريه البائع من غير بينة واستخلاف فتجب صيانته عن الجناية وعن شبه الجناية ما أمكن وقد تمكنت التهمة فى البيع بينهما لجواز ان رب المال باعه من المضارب بأكثر من قيمته ورضى به المضارب لان الجود بمال الغير أمر سهل فكان تهمة الجناية ثابتة والتهمة فى هذا الباب ملحقة بالحقيقة فلا يبيع مرابحة الا على أقل الثمنين بيان ذلك فى مسائل اذا دفع الى رجل الف درهم مضاربة فاشترى رب المال عبدا بخمسمائة فباعه من المضارب بألف فان المضارب يبيعه مرابحة على خمسمائة لانها أقل الثمنين الا اذا بين الامر على وجهه فيبيعه كيف شاء لان المانع هو التهمة وقد زالت ولو اشترى المضارب عبدا بألف من المضاربة فباعه من رب المال بألف ومائتين باعه رب المال مرابحة بألف ومائة ان كانت

المضاربة بالنصف لان الربح ينقسم بين رب المال والمضارب ولا شبهة فى حصة المضارب لانه لا حق فيه لرب المال فصار كان رب المال اشترى ذلك من أجنبي وتمكنت الشبهة فى حصة رب المال لانه ماله بعينه فكانه اشترى من نفسه فتسقط حصته من الربح الا اذا بين الامر على وجهه فيبيعه كيف شاء ولو اشترى رب المال سلعة بألف درهم تساوى الفا وخمسمائة فباعها من المضارب بألف وخمسمائة فان المضارب يبيعها مرابحة بالف ومائتين وخمسين الا اذا بين الامر على وجهه لما ذكرنا قال ابن سماعة فى نوادره عن محمد سمعت أبا يوسف يقول فى مسألة المضاربة وهو آخر ما قال اذا اشترى رب المال عبدا بألف فباعه من المضارب بمائة ورأس المال الف فى يد المضارب فان المضارب يبيعه على مائة وكذا لو اشترى المضارب بألف فباعه من رب المال بمائة باعه رب المال بمائة يبيعه أبدا على أقل الثمنين لانه لا تهمة فى الاقل وانما التهمة فى الزيادة فيثبت ما لا تهمة فيه ويسقط ما فيه تهمة ولو اشتراه رب المال بخمسمائة فباعه من المضارب بألف ومائة فانه يبيعه مرابحة على خمسمائة وخمسين لان المائة الزيادة على الالف ربح فنصفها للمضارب وما اشتراه المضارب من رب المال لنفسه لا تهمة فيه فيضم حصته من الربح الى القدر الذى اشترى رب المال به ويسقط خمسمائة لانها نصيب رب المال ويسقط خمسون لانها حق رب المال من الربح فيبيعه مرابحة على خمسمائة وخمسين ولو اشتراه المضارب بستمائة باعه مرابحة بخمسمائة لانه لا فضل فى ثمنه عن رأس المال فيسقط كل الربح ويباع على أقل الثمنين والاصل أن المضارب لا يحتسب شيأ من حصة نفسه حتى يكون ما نقد أكثر من الف فيجب من حصته نصف ما زاد على الالف لانه اذا لم يزد على الف بأن اشترى بمثل رأس المال أو بأقل منه وله فى المال ربح لم يتعين له فى المشترى حق لكونه مشغولا برأس المال فلا يظهر له الربح كانه اشترى ولا ربح فى يده وعلى هذا القياس تجرى المسائل فمتى كان شراء المضارب بأقل الثمنين فان كان للمضارب حصة ضمها الى أقل الثمنين واذا اشترى رب المال من المضارب يبيعه على أقل الثمنين ويضم اليه حصة المضارب ولو كان رب المال اشتراه بخمسمائة ثم باعه من المضارب بألفين فان المضارب يبيعه بألف خمسمائة رأس المال وخمسمائة حصة المضارب من الالفين لان نصيب رب المال من الثمن الف وخمسمائة فتسقط الزيادة فيها على رأس المال وهو الف ويبقى من نصيب رب المال خمسمائة ونصيب المضارب خمسمائة ورب المال فيها كالاجنبي فيبيعه مرابحة على ألف ولو كان المضارب اشتراه بألف ثم باعه من رب المال بألفين باعه رب المال بألف وخمسمائة لان الالف رأس مال رب المال وخمسمائة نصيب المضارب ورب المال فيها كالاجنبي وخمسمائة نصيب رب المال فيجب اسقاطها قال ابن سماعه وروى عن أبى يوسف أنه قال وهو قوله الآخر ان رب المال اذا اشترى عبدا بعشر آلاف ثم باعه من المضارب بمائة باعه المضارب مرابحة على مائة وكذلك لو اشترى المضارب بعشرة آلاف فباعه من رب المال بمائة باعه رب المال مرابحة على مائة لان البيع على أقل الثمنين لا تهمة فيه ولانه اشتراه بأقل الثمنين فلا يجوز أن يزيد على الثمن الذى اشتراه فان قيل كيف يجوز للمضارب الحط على قول أبى يوسف فالجواب انه انما لا يجوز له حطه عند أبى يوسف ومحمد لحق رب المال فاذا باعه من رب المال وحط فقد رضى رب المال بذلك فجاز (وأما) على قول أبى يوسف الاول الذى أشار اليه ابن سماعة فهو ان الحط لا يجوز لانه قال اذا كان رأس المال الفا فربح فيه الفا ثم اشترى بألفين جارية ثم باعها من رب المال بألف وخمسمائة فان رب المال يبيعها مرابحة على الف وسبعمائة وخمسين لان المضارب حط من الثمن خمسمائة نصفها من نصيبه ونصفها من مال المضاربة وهو يملك الحط فى حق نصيبه ولا يملك ذلك فى مال المضاربة فى قول أبى يوسف ومحمد فلم يصح حط نصيب رب المال فلذلك باع مرابحة على ألف وسبعمائة وخمسين فينبغى على هذا القول اذا باع مرابحة أن يقول قام على بكذا ولا يقول اشتريته بكذا لان الزيادة لحقت بالثمن حكما والشراء ينصرف الى ما وقع العقد به والصحيح قوله الاخير لما ذكرنا أن عدم جواز الحط فى مال المضاربة لحق رب المال فاذا اشترى هو فقد رضى بذلك فكانه أذن للمضارب أن يبيعه بنقصان لاجنبي

وذكر محمد في كتاب المضاربة لواشترى رب المال عبدا بألف فباعه من المضارب بألفين الف رأس المال والف ربح
فان المضارب يبيعه مرابحة على الف وخمسمائة يسقط من ذلك ربح رب المال و يبيع على رأس المال وربح المضارب
لما بينا ولو كان رب المال اشترى العبد بخمسمائة والعبد يساوى الفين فباعه من المضارب بألفين فان المضارب يبيعه
مرابحة على الف لان رأس المال خمسمائة ونصيب المضارب من المال خمسمائة وماسوى ذلك ربح رب المال فلا يثبت
حكمه على ما بينا فيما تقدم الا أن يبين الامر على وجهه فيبيعه كيف شاء لان المانع من البيع بجميع الثمن التهمة فاذا بين
فقد زالت التهمة فيجوز البيع ولو اشتراه رب المال بألف وقيمته الف فباعه من المضارب بألفين الف مضاربة والف
ربح فان المضارب يبيعه مرابحة على الالف لانه لما اشترى ماقيمته الف ذهب ربحه فلم يبق له في المال حصة وصار
كانه مال رب المال فباعه على رأس ماله ولو كان رب المال اشتراه بخمسمائة والمسألة بحالها فان المضارب يبيعه مرابحة
على خمسمائة لانه لم يبق للمضارب حصة فصار اشراء مال رب المال بعضه ببعض فيبيعه على رأس المال الاول
ولو كان رب المال اشتراه بالفين وقيمته الف فباعه من المضارب بالفين فان المضارب يبيعه بالف ولا يبيعه على أكثر من
ذلك لان قيمته الف فليس فيه ربح للمضارب يبيعه عليه ولان رب المال لما باعه بألفين ما يساوى الفا وهما متهمان
فى حق الغير في العقد فصار كانه أخذ الفاً لا على طريق البيع و باعه العبد بالف فلا يبيعه بأكثر من ذلك ولو كان العبد
يساوى الفا وخمسمائة والمسألة بحالها وقد اشتراه بالف وأراد المضارب ان يبيعه مرابحة باعه مرابحة على الف ومائتين
وخمسين لان في العبد ربحاً للمضارب ونصيبه من الربح هو مع رب المال فيه كالاجنبي فيبيعه على أقل الثمنين مع حصة
المضارب من الربح وذكر محمد في الاصل اذا اشترى المضارب عبداً بالف درهم مضاربة فباعه من رب المال بالفين
ثم ان رب المال باعه من أجنبي مساومة بثلاثة آلاف درهم ثم اشتراه المضارب من الاجنبي بالفى درهم فاراد أن يبيعه
مرابحة لم يجز له ذلك في قول أبي حنيفة رحمه الله الا ان يبين الامر على وجهه وفي قول أبي يوسف ومحمد يبيعه
مرابحة على الفين وهذه فريعة مسئلة أخرى مذكورة في البيوع وهي ما اذا اشترى شيأ فربح فيه ثم ملكه بشراء
آخر فاراد أن يبيعه مرابحة فان عند أبي حنيفة يسقط الربح و يعتبر مامضى من العقود وفي مسئلتنا قد ربح فيه رب المال
الفى درهم لان المضارب لما اشتراه بالف و باعه من رب المال بالفين فنصف ذلك الربح لرب المال وهو خمسمائة فلما
باعه رب المال بثلاثة آلاف فقد ربح فيه الفاً وخمسمائة لانه قام عليه بالف وخمسمائة مقدار رأس المال ونصيب
المضارب من الربح اذا ضم الى ذلك فقد ربح الفين فاذا اشتراه المضارب بالفين وجب ان يطرح الالفين من رأس المال
فلا يبقى شيء ولهذا لم يجز البيع مرابحة الا بعد ان يبين وأما على قولهما فانما يعتبر العقد الاخير خاصة فالربح في العقد
الاول لا يحط عن الثاني فيبيعه مرابحة على جميع الالفين ولو اشترى المضارب عبداً بالف فباعه من رب المال
بالف وخمسمائة ثم باعه رب المال من أجنبي بالف وستمائة ثم ان المضارب اشتراه من الاجنبي بالفى درهم فاراد أن يبيعه
مرابحة باعه على الف وأربعمائة على قول أبي حنيفة لان رب المال قد ربح فيه ستمائة ألا ترى ان المضارب لما
اشتراه بالف باعه من رب المال بالف وخمسمائة فنصيب رب المال من الربح مائتان وخمسون وكان رب المال اشترى
بالف ومائتين وخمسين رأس المال وحصة المضارب فلما باعه بالف وستمائة فقد ربح ثلثمائة وخمسين وقد كان ربح
مائتين وخمسين بربح المضارب فوجب أن يحط ذلك المضارب من الثمن فيبقى الف واربعمائة ولو اشترى المضارب
عبداً بالف فولاه رب المال ثم ان رب المال باعه من أجنبي بالف وخمسمائة ثم ان المضارب اشتراه من الاجنبي
مرابحة بالفين ثم ان رب المال لما حط من الاجنبي ثلثمائة فان الاجنبي يحط من المضارب أربعمائة لان رب المال
لما حط من الاجنبي ثلثمائة استند ذلك الحط الى العقد فكان ذلك المقدار لم يكن فيطرح من رأس المال وتطرح
حصته من الربح وقد كان الاجنبي ربح مثل ثلث الثمن فيطرح مع الثلثمائة ثلثها فيصير الحط عن المضارب أربعمائة
فان أراد المضارب أن يبيع هذا العبد مرابحة باعه على الف ومائتين لان رب المال ربح أربعمائة ألا ترى أنه لو باعه من

الاجنبي

الاجنبي فربح خمسمائة ثم حط عنه ثلثمائة وهذا الحط من رأس المال والربح جميعاً مائتين من رأس المال ومائة من الربح فلما سقط من الربح مائة يبقى الربح أربعمائة فلما اشتراه المضارب بالفين ثم حط عنه أربعمائة صار شراؤه بالف وستمائة فيطرح عنه مقدار ما ربح فيه رب المال وهو أربعمائة فيبيعه على ما بقى وتجوز المرابحة بين المضاربين كما تجوز بين المضارب ورب المال قال محمد فى الاصل اذا دفع الرجل الى رجل الف درهم مضاربة بالنصف ودفع الى رجل آخر الف درهم مضاربة بالنصف فاشترى أحد المضاربين عبداً بخمسمائة من المضاربة فباعه من المضارب الآخر بألف فاراد الثانى أن يبيعه مرابحة باعه على خمسمائة وهو أقل الثمنين لان مال المضاربين لرجل واحد فصار بيع أحدهما من الآخر فى حق الاجانب كبيع الانسان ملكه بماله فيبيعه مرابحة على أقل الثمنين ولو باعه الاول من الثانى بألفين الف من المضاربة والف من مال نفسه فان الثانى يبيعه مرابحة على الف ومائتين وخمسين لان الثانى اشترى نصفه لنفسه وقد كان الاول اشترى ذلك النصف بمائتين وخمسين فيبيعه الثانى مرابحة على الف لانه لا نصيب لواحد منهما فى شراء صاحبه فصارا كالاجنبيين فاما النصف الذى اشترى الثانى بالف المضاربة فقد كان الاول اشتراه بمائتين وخمسين وهو مال واحد فيبيعه على أقل الثمنين ولو كان الاول اشتراه بألف المضاربة فباعه من الثانى بألفين للمضاربة الف رأس المال والف ربح فان الثانى يبيعه مرابحة بألف وخمسمائة لانه يبيعه على أقل الثمنين وعلى حصته من الربح وأقل الثمنين الف وحصة المضارب خمسمائة ولو كان الاول اشتراه بخمسمائة والمسئلة بحالها باعه الثانى على الف لان أقل الثمنين خمسمائة وحصة المضارب خمسمائة فيبيعه مرابحة على أقل الثمنين وحصة من الربح والربح فى المضاربة بينهما على الشرط والوضيعة على رب المال والقول قول المضارب فى دعوى الهلاك لان المال أمانة فى يده (وأما) الذى يستحقه المضارب بالعمل فالذى يستحقه بعمله فى مال المضاربة شيئان أحدهما النفقة والكلام فى النفقة فى مواضع فى وجوبها وفى شرط الوجوب وفيما فيه النفقة وفى تفسير النفقة وفى قدرها وفيما تحتسب النفقة منه (أما) الوجوب فلان الربح فى باب المضاربة يحتمل الوجود والعدم والعاقل لا يسافر بمال غيره لفائدة تحتمل الوجود والعدم مع تعجيل النفقة من مال نفسه فلو لم تجعل نفقته من مال المضاربة لامتنع الناس من قبول المضاربات مع مساس الحاجة اليها فكان اقدامهما على هذا العقد والحال ما وصفنا اذناً من رب المال للمضارب بالانفاق من مال المضاربة فكان مأذوناً فى الانفاق دلالة فصار كما لو أذن له به نصاً ولانه يسافر لاجل المال لا على سبيل التبرع ولا ببدل واجب له لا محالة فتكون نفقته فى المال بخلاف المبضع لا يسافر بمال الغير على وجه التبرع وبخلاف الاجير لانه يعمل ببدل لازم فى ذمة المستأجر لا محالة فلا يستحق النفقة وهكذا روى ابن سماعة عن محمد فى الشريك اذا سافر بالمال أنه ينفق من المال كالمضارب (وأما) شرط الوجوب فخروج المضارب بالمال من المصر الذى أخذ المال منه مضاربة سواء كان المصر مصره أو لم يكن فما دام يعمل به فى ذلك المصر فان نفقته فى مال نفسه لا فى مال المضاربة وان أنفق شيأ منه ضمن لان دلالة الاذن لا تثبت فى المصر وكذا اقامته فى الحضر لا تكون لاجل المال لانه كان مقيما قبل ذلك فلا يستحق النفقة ما لم يخرج من ذلك المصر سواء كان خروجه بالمال مدة سفر أو أقل من ذلك حتى لو خرج من المصر يوما أو يومين فله أن ينفق من مال المضاربة كذا ذكر محمد عن نفسه وعن أبى يوسف من مكان المضاربة لوجود الخروج من المصر لاجل المال واذا انتهى الى المصر الذى قصده فان كان ذلك مصر نفسه أو كان له فى ذلك المصر أهل سقطت نفقته حين دخل لانه يصير مقيما بدخوله فيه لا لاجل المال وان لم يكن ذلك مصره ولا له فيه أهل لكنه أقام فيه للبيع والشراء لا تسقط نفقته ما اقام فيه وان نوى الاقامة خمسة عشر يوما فصاعداً ما لم يتخذ ذلك المصر الذى هو فيه دار اقامة لانه اذا لم يتخذه دار اقامة كانت اقامته فيه لاجل المال وان اتخذه وطناً كانت اقامته للوطن لا للمال فصار كالوطن الاصلى فنقول الحاصل انه لا تبطل نفقة المضاربة بعد المسافرة بالمال الا بالاقامة فى مصره أو فى مصر يتخذه دار اقامة لما قلنا ولو خرج من المصر الذى دخله للبيع والشراء بنية العود الى المصر

الذى أخذ المال فيه مضاربة فان نفقته من مال المضاربة حتى يدخله فاذا دخله فان كان ذلك مصره أو كان له فيه أهل سقطت نفقته والا فلا حتى لو أخذ المضارب مالا بالكوفة وهو من أهل البصرة وكان قد قدم الكوفة مسافراً فلا نفقة له فى المال مادام بالكوفة لما قلنا فاذا خرج منها مسافراً فله النفقة حتى يأتى البصرة لان خروجه لاجل المال ولا ينفق من المال مادام بالبصرة لان البصرة وطن أصلى له فكان اقامته فيها لاجل الوطن لا لأجل المال فاذا خرج من البصرة له أن ينفق من المال حتى يأتى الكوفة لان خروجه من البصرة لاجل المال وله أن ينفق أيضاً ما أقام بالكوفة حتى يعود الى البصرة لان وطنه بالكوفة كان وطن اقامة وانه يبطل بالسفر فاذا عاد اليها وليس له وطن فكان اقامته فيها لاجل المال فكان نفقته فيه وكل من كان مع المضارب ممن يعينه على العمل فنفقته من مال المضاربة حراً كان أو عبداً أو أجيراً يخدمه أو يخدم دابته لان نفقتهم كنفقة نفسه لانه لا يتهيأ له السفر الا بهم الا ان يكون معه عبيد لرب المال بعثهم ليعاونوه فلا نفقة لهم فى مال المضاربة ونفقتهم على رب المال خاصة لان اعانة عبد رب المال كاعانة رب المال بنفسه ورب المال لو أعان المضارب بنفسه فى العمل لم تكن نفقته فى مال المضاربة كذا عبيده فأما عبد المضارب فهو كالمضارب والمضارب اذا عمل بنفسه فى المال انفق عليه منه كذا عبده (وأما) ما فيه النفقة فالنفقة فى مال المضاربة وله أن ينفق من مال نفسه ماله ان ينفق من مال المضاربة على نفسه ويكون ديناً فى المضاربة حتى كان له أن يرجع فيها لان الانفاق من المال وتدبيره اليه فكان له أن ينفق من ماله ويرجع به على مال المضاربة كالوصى اذا انفق على الصغير من مال نفسه أن له أن يرجع بما انفق على مال الصغير لما قلنا كذا هذا الا ان يرجع بما أنفق فى مال المضاربة لكن بشرط بقاء المال حتى لو هلك المال لم يرجع على رب المال بشىء كذا ذكر محمد فى المضاربة لان نفقة المضارب من مال المضاربة فاذا هلك هلك بما فيه كالدين يسقط بهلاك الرهن والزكاة تسقط بهلاك النصاب وحكم الجناية يسقط بهلاك العبد الجانى (وأما) تفسير النفقة التى فى مال المضاربة فالكسوة والطعام والادام والشراب وأجر الاجير وفراش ينام عليه وعلف دابته التى يركبها فى سفره ويتصرف عليها فى حوائجه وغسل ثيابه ودهن السراج والحطب ونحو ذلك ولا خلاف بين أصحابنا فى هذه الجملة لان المضارب لا بدله منها فكان الاذن ثابتاً من رب المال دلالة (وأما) ثمن الدواء والحجامة والفصد والتنور والادهان وما يرجع الى التداوى وصلاح البدن ففى ماله خاصة لا فى مال المضاربة وذكر الكرخى رحمه الله فى مختصره فى الدهن خلاف محمد انه فى مال المضاربة عنده وذكر فى الحجامة والاطلاء بالنورة والخضاب قول الحسن بن زياد انه قال على قياس قول أبى حنيفة يكون فى مال المضاربة والصحيح أنه يكون فى ماله خاصة لان وجوب النفقة للمضارب فى المال لدلالة الاذن الثابت عادة وهذه الاشياء غير معتادة هذا اذا قضى القاضى بالنفقة يقضى بالطعام والكسوة ولا يقضى بهذه الاشياء (وأما) الفاكهة فالمعتاد منها يجرى مجرى الطعام والإدام وقال بشر فى نوادره سألت أبا يوسف عن اللحم فقال يأكل كما كان يأكل لانه من المأكول المعتاد (وأما) قدر النفقة فهو ان يكون بالمعروف عند التجار من غير اسراف فان جاوز ذلك ضمن الفضل لان الاذن ثابت بالعادة فيعتبر القدر المعتاد وسواء سافر برأس المال أو بمتاع عن المضاربة لان سفره فى الحالين لاجل المال وكذا لو سافر فلم يتفق له شراء متاع من حيث قصد وعاد بالمال فنفقته مادام مسافراً فى مال المضاربة لان عمل التجارة على هذا وهو ان يتفق الشراء فى وقت دون وقت ومكان دون مكان وسواء سافر بمال المضاربة وحده أو بماله ومال المضاربة ومال المضاربة لرجل أو رجلين فله النفقة غير انه ان سافر بماله ومال المضاربة أو بمالين لرجلين كانت النفقة من المالين بالحصص لان السفر لاجل المالين فتكون النفقة فيهما وان كان أخذ المالين مضاربة لرجل والآخر بضاعة لرجل آخر فنفقته فى مال المضاربة لان سفره لاجله لا لاجل البضاعة لانه متبرع بالعمل بها الا أن يتبرع بعمل البضاعة فينفق من مال نفسه لانه بدل العمل فى المضاربة وليس على رب البضاعة شىء الا أن يكون أذن له فى النفقة منها لانه تبرع بأخذ البضاعة فلا يستحق النفقة كالمودع ولو خلط مال المضاربة بماله وقد أذن له فى ذلك فالنفقة

بالحصص

بالخصص لان سفره لاجل المالين (وأما) ما تحتسب النفقة منه فالنفقة تحتسب من الربح أولا ان كان فى المال ربح فان لم يكن فهى من رأس المال لان النفقة جزء هالك من المال والاصل ان الهلاك ينصرف الى الربح ولانا لو جعلناها من رأس المال خاصة أو فى نصيب رب المال من الربح لازداد نصيب المضارب فى الربح على نصيب رب المال فاذا رجع المضارب الى مصره فما فضل عنده من الكسوة والطعام رده الى المضاربة لان الاذن له بالنفقة كان لاجل السفر فاذا انقطع السفر لم يبق الاذن فيجب رد ما بقى الى المضاربة وروى المعلى عن أبى يوسف اذا كان مع الرجل ألف درهم مضاربة فاشترى عبدا بألفين فانفق عليه فهو متطوع فى النفقة لانه لم يبق فى يده شئ من رأس المال فالنفقة تكون استدانة على المال وهو لا يملك ذلك فصار كالاجنبى اذا أنفق على عبد غيره الا أن يكون القاضى أمره بذلك فان رفعه الى القاضى فأمره القاضى بالنفقة عليه فما أنفق فهو عليهما على قدر رأس المال قال أبو يوسف رحمه الله وهذه قسمة من القاضى بين المضارب و بين رب المال اذا قضى بالنفقة وانما صارت النفقة دينا بأمر القاضى لان له ولاية على الغائب فى حفظ ماله وهذا من باب الحفظ فيملك الامر بالاستدانة عليه وانما صار قضاء القاضى بالنفقة قسمة لوجود معنى القسمة وهو التعيين لان القاضى لما ألزم المضارب النفقة لاجل نصيبه فقد عين نصيبه ولا يتحقق تعيين نصيب المضارب الا بعد تعيين رأس المال وهذا معنى القسمة ولو دفع الى رجل ألف درهم مضاربة فاشترى بها جارية قيمتها ألفان فالنفقة على المضارب وعلى رب المال فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف وعند محمد النفقة على رب المال كذا حقق القدورى رحمه الله الاختلاف (وجه) قول محمد ان المضارب لم يتعين له ملك لان رأس المال غير متعين فكانت الجارية على حكم رب المال فكانت نفقتها عليه و يحتسب بها فى رأس ماله فى رواية عنه وفى رواية أخرى عنه يقال لرب المال انفق ان شئت (ولهما) ان نصيب المضارب من العبد على ملكه بدليل ان اعتاقه ينفذ منه فلا يجوز الزام رب المال الانفاق على ملك غيره فاذا قضى على كل واحد منهما بنفقة نصيبه فقد تعين الربح و رأس المال فيكون قسمة لوجود معنى القسمة وعلى هذا الخلاف العبد الآبق من المضاربة اذا جاء به رجل وقيمته ألفان وليس فى يده من المضاربة غير العبد أن الجعل عليهما فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف لان العبد على ملكهما وعند محمد الجعل على رب المال يحسب فى رأس ماله اذ هو زيادة فى رأس المال فاذا بيع استوفى رب المال رأس ماله والجعل وما بقى يكون بينهما على ما اشترطا من الربح قال بشر عن أبى يوسف ان الجعل لا يحتسب به فى مال المضاربة و يحتسب به فيما بين المضارب و رب المال فان كان هناك ربح فالجعل منه والا فهو وضيعة من رأس المال وانما لم يلحق الجعل برأس المال فى باب المرابحة لان الذى يلحق رأس المال فى المرابحة ما جرت عادة التجار بالحاقه به وما جرت عادتهم بالحاق الجعل ولانه نادر غير معتاد فلا يلحق بالعادة ما ليس بمعتاد وانما احتسب به فيما بين المضارب ورب المال لانه غرم لزم لاجل المال و يجوز أن يحتسب بالشئ فيما بين المضارب و رب المال ولا يلحق برأس المال فى المضاربة كنفقة المضارب على نفسه والثانى ما يستحقه المضارب بعمله فى المضاربة الصحيحة هو الربح المسمى ان كان فى المضاربة ربح وانما يظهر الربح بالقسمة وشرط جواز القسمة قبض رأس المال فلا تصح قسمة الربح قبل قبض رأس المال حتى لو دفع الى رجل ألف درهم مضاربة بالنصف فربح ألفا فاقتسما الربح و رأس المال فى يد المضارب لم يقبضه رب المال فهلكت الالف التى فى يد المضارب بعد قسمتهما الربح فان القسمة الاولى لم تصح وما قبض رب المال فهو محسوب عليه من رأس ماله وما قبضه المضارب دين عليه يرده الى رب المال حتى يستوفى رب المال رأس ماله ولا تصح قسمة الربح حتى يستوفى رب المال رأس المال والاصل فى اعتبار هذا الشرط ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال مثل المؤمن مثل التاجر لا يسلم له ربحه حتى يسلم له رأس ماله كذلك المؤمن لا تسلم له نوافله حتى تسلم له عزائمه فدل الحديث على ان قسمة الربح قبل قبض رأس المال لا تصح ولان الربح زيادة والزيادة على الشئ لا تكون الا بعد سلامة الاصل ولان المال اذا بقى فى يد المضارب فحكم المضاربة بحالها فلو صححنا قسمة الربح لثبتت قسمة الفرع قبل الاصل فهذا لا يجوز واذا لم تصح

القسمة فاذاهلك مافى يد المضارب صار الذى أقتسماه هو رأس المال فوجب على المضارب أن يرد منه تمام رأس المال فان قبض رب المال ألف درهم رأس ماله أولا ثم اقتسما الربح ثم رد الالف التى قبضها بعينها الى يد المضارب على أن يعمل بها بالنصف فهذه مضاربة مستقبلة فان هلكت فى يده لم تنتقض القسمة الاولى لان رب المال لما استوفى رأس المال فقد انتهت المضاربة وصحت القسمة فاذا رد المال فهذا عقد آخر فهلاك المال فيه لا يبطل القسمة فى غيره ولو كان الربح فى المضاربة الاولى ألفين واقتسما الربح فأخذ رب المال ألفا والمضارب ألفا ثم هلك مافى يد المضارب فان القسمة باطلة وما قبضه رب المال محسوب من رأس المال ورد المضارب نصف الالف الذى قبض لانه لما هلك مافى يد المضارب من رأس المال قبل صحة القسمة صار ماقبضه رب المال رأس ماله واذا صار ذلك رأس المال تعين الربح فيما قبضه المضارب بالقسمة فيكون بينهما على الشرط فيجب عليه أن يرد نصفه وكذلك ان كان قد هلك ماقبضه المضارب من الربح يجب عليه أن يرد نصفه لانه تبين انه قبض نصيب رب المال من الربح لنفسه فصار ذلك مضمونا عليه ولو هلك ماقبض رب المال لم يتعين هلاكه شئ لان ماهلك بعد القبض يهلك فى ضمان القابض فبقاؤه وهلاكه سواء قالوا ولو اقتسما الربح ثم اختلفا فقال المضارب قد كنت دفعت اليك رأس المال قبل القسمة وقال رب المال لم أقبض رأس المال قبل ذلك فالقول قول رب المال ويرد المضارب ماقبضه لنفسه تمام رأس المال يحتسب على رأس رب المال بما قبض من رأس ماله ويتم له رأس المال بما يرده المضارب فان بقى شئ بعد ذلك مما قبضه المضارب كان بينهما نصفين وانما كان كذلك لان المضارب يدعى انهاء رأس المال ورب المال ينكر ذلك والمضارب وان كان أمينا لكن القول قول الامين فى اسقاط الضمان عن نفسه لا فى التسليم الى غيره ولان المضارب يدعى خلوص ما بقى من المال والربح ورب المال يجحد ذلك فلا يقبل قول المضارب فى الاستحقاق فان أقاما البينة فالبينة بينة المضارب لانها تثبت ايفاء رأس المال ولا يقال الظاهر شاهد للمضارب فيما ادعاه من ايفاء رأس المال اذ الربح لا يكون الا بعد الايفاء اذ هو شرط صحة قسمة الربح لانا نقول قد جرت عادة التجار بالمقاسمة مع بقاء رأس المال فى يد المضارب فلم يكن الظاهر شاهدا للمضارب وذكر ابن سماعة فى نوادره عن أبى يوسف فى رجل دفع الى رجل ألف درهم مضاربة صحيحة ثم جعل رب المال يأخذ الخمسين والعشرين لنفقته والمضارب يعمل بالنفقة ويتربح فيما يشترى ويبيع ثم احتسبا فانهما يحتسبان برأس المال ألف درهم يوم يحتسبان والربح بينهما نصفان ولا يكون ما أخذ رب المال من النفقة نقصانا من رأس المال ولكنهما يحتسبان رأس المال ألفا من جميع المال وما بقى من ذلك فهو بينهما نصفان لانا لو جعلنا المقبوض من رأس المال بطلت المضاربة لان استرجاع رب المال رأس ماله يوجب بطلان المضاربة وهما لم يقصدا ابطالها فيجعل رأس المال فيما بقى لئلا يبطل هذا اذا كان فى المضاربة ربح فان لم يكن فيها ربح فلا شئ للمضارب لان الشرط قد صح فلا يستحق الا ما شرط وهو الربح ولم يوجد (وأما) الذى يستحقه رب المال فالربح المسمى اذا كان فى المال ربح وان لم يكن فلا شئ له على المضارب هذا كله حكم المضاربة الصحيحة (وأما) حكم المضاربة الفاسدة فليس للمضارب أن يعمل شيأ مما ذكرنا ان له أن يعمل فى المضاربة الصحيحة ولا يثبت بها شئ مما ذكرنا عن أحكام المضاربة الصحيحة ولا يستحق النفقة ولا الربح المسمى وانما له أجر مثل عمله سواء كان فى المضاربة ربح أو لم يكن لان المضاربة الفاسدة فى معنى الاجارة الفاسدة والاجير لا يستحق النفقة ولا المسمى فى الاجارة الفاسدة وانما يستحق أجر المثل والربح كله يكون لرب المال لان الربح نماء ملكه وانما يستحق المضارب شطرا منه بالشرط ولم يصح الشرط فكان كله لرب المال والخسران عليه والقول قول المضارب فى دعوى الهلاك والضياع والهلاك فى المضاربة الفاسدة مع يمينه هكذا ذكر فى ظاهر الرواية وجعل المال فى يده أمانة كما فى المضاربة الصحيحة وذكر الطحاوى فيه اختلافا وقال لا ضمان عليه فى قول أبى حنيفة وعندهما يضمن كما فى الاجير المشترك اذا هلك المال فى يده

﴿ فصل ﴾ وأما صفة هذا العقد فهو انه عقد غير لازم ولكل واحد منهما أعنى رب المال والمضارب الفسخ لكن عند وجود شرطه وهو علم صاحبه لما ذكرنا فى كتاب الشركة ويشترط أيضاً أن يكون رأس المال عيناً وقت الفسخ دراهم أو دنانير حتى لو نهى رب المال المضارب عن التصرف ورأس المال عروض وقت النهى لم يصح نهيه وله أن يبيعها لانه يحتاج الى بيعها بالدراهم والدنانير ليظهر الربح فكان النهى والفسخ ابطالا لحقه فى التصرف فلا يملك ذلك وان كان رأس المال دراهم أو دنانير وقت الفسخ والنهى صح الفسخ والنهى لكن له أن يصرف الدراهم الى الدنانير والدنانير الى الدراهم لان ذلك لا يعد بيعاً لاتحادهما فى الثمنية

﴿ فصل ﴾ وأما حكم اختلاف المضارب ورب المال فان اختلفا فى العموم والخصوص فالقول قول من يدعى العموم بان ادعى أحدهما المضاربة فى عموم التجارات أو فى عموم الامكنة أو مع عموم من الاشخاص وادعى الآخر نوعا دون نوع ومكانا دون مكان وشخصاً دون شخص لان قول من يدعى العموم موافق للمقصود بالعقد اذ المقصود من العقد هو الربح وهذا المقصود فى العموم أوفر وكذلك لو اختلفا فى الاطلاق والتقييد فالقول قول من يدعى الاطلاق حتى لو قال رب المال أذنت لك أن تتجر فى الحنطة دون ما سواها وقال المضارب ما سميت لى تجارة بعينها فالقول قول المضارب مع يمينه لان الاطلاق أقرب الى المقصود بالعقد على ما بينا وقال الحسن بن زياد ان القول قول رب المال فى الفصلين جميعاً وقيل انه قول زفر (وجهه) ان الاذن يستفاد من رب المال فكان القول فى ذلك قوله فان قامت لهما بينة فالبينة بينة مدعى العموم فى دعوى العموم والخصوص لانها تثبت زيادة وفى دعوى التقييد والاطلاق البينة بينة مدعى التقييد لانها تثبت زيادة فيه وبينة الاطلاق ساكتة ولو اتفقا على الخصوص لكنهما اختلفا فى ذلك الخاص فقال رب المال دفعت المال اليك مضاربة فى البز وقال المضارب فى الطعام فالقول قول رب المال فى قولهم جميعاً لانه لا يمكن الترجيح هنا بالمقصود من العقد لاستوائهما فى ذلك فترجح بالاذن وانه يستفاد من رب المال فان أقاما البينة فالبينة بينة المضارب لان بينته مثبتة وبينة رب المال نافية لانه لا يحتاج الى الاثبات والمضارب يحتاج الى الاثبات لدفع الضمان عن نفسه فالبينة المثبتة للزيادة أولى وقد قالوا فى البينتين اذا تعارضتا فى صفة الاذن وقد وقتتا ان الوقت الاخير أولى لان الشرط الثانى ينقض الاول فكان الرجوع اليه أولى وان اختلفا فى قدر رأس المال والربح فقال رب المال كان رأس مالى ألفين وشرطت لك ثلث الربح وقال المضارب رأس المال ألف وشرطت لى نصف الربح فان كان فى يد المضارب ألفا درهم يقرانهما مال المضاربة فالقول قول المضارب فى ان رأس المال ألف والقول قول رب المال انه شرط ثلث الربح وهذا قول أبى حنيفة الآخر وهو قول أبى يوسف ومحمد وكان قوله الاول ان القول قول رب المال فى الامرين جميعاً وهو قول زفر (وجه) قوله الاول ان الربح يستفاد من أصل المال وقد اتفقا على ان جملة المال مضاربة وادعى المضارب استحقاقا فيها ورب المال ينكر ذلك فكان القول قوله بخلاف ما اذا قال المضارب بعض هذه الالفين خلطته بها أو بضاعة فى يدى لانهما ما اتفقا على ان الجميع مال المضاربة ومن كان فى يده شئ فالقول قوله (وجه) قوله الآخر ان القول فى مقدار رأس المال قول المضارب لانهما اختلفا فى مقدار المقبوض فكان القول قول القابض ألا ترى انه لو أنكر القبض أصلا وقال لم أقبض منك شيأ كان القول قوله فكذا اذا أنكر البعض دون البعض وانما كان القول قول رب المال فى مقدار الربح لان شرط الربح يستفاد من قبله فكان القول فى مقدار المشروط قوله ألا ترى انه لو أنكر الشرط رأسا فقال لم أشرط لك ربحا وانما دفعت اليك بضاعة كان القول قوله فكذا اذا أقر بالبعض دون البعض واذا كان القول قول المضارب فى قدر رأس المال فى قوله الاخير فالقول قول رب المال فى مقدار الربح فى قولهم يجعل رأس المال ألف درهم ويجعل للمضارب ثلث الالف الاخرى فلا يقبل قول رب المال فى زيادة رأس المال ولا يقبل قول المضارب فى زيادة شرط الربح وعلى قوله الاول يأخذ رب المال الالفين جميعاً وان كان فى يده ثلاثة آلاف درهم والمسئلة بحالها أخذ رب المال ألف درهم على قوله الاخير

واقتسما ما بقى من المال أثلاثا وعلى قوله الاول يأخذ رب المال ألفى درهم و يأخذ ثلثى الالف الاخرى لما بينا وان كان فى يد المضارب قدر ما ذكر انه قبض من رأس المال أو أقل ولم يكن فى يده أكثر مما أقر فالقول قول المضارب عندهم جميعاً لانه لا سبيل الى قبول قول رب المال فى ايجاب الضمان على المضارب فان جاء المضارب بثلاثة آلاف فقال ألف رأس المال وألف ربح وألف وديعة لآخر أو مضاربة لآخر أو بضاعة لآخر أو شركة لآخر أو على ألف دين فالقول فى الوديعة والشركة والبضاعة والدين قول المضارب فى الاقاويل كلها لان من فى يده شئ فالظاهر انه له الا أن يعترف به لغيره ولم يعترف لرب المال بهذه الالف فكان القول قوله فيها وكل من جعلنا القول قوله فى هذا الباب فهو مع يمينه ومن أقام منهما بينة على ما يدعى من فضل فالبينة بينة كل واحد منهما تثبت زيادة فبينة رب المال تثبت زيادة فى رأس المال و بينة المضارب تثبت زيادة فى الربح وقال محمد رحمه الله اذا قال رب المال شرطت لك ثلث الربح وزيادة عشرة دراهم وقال المضارب بل شرطت لى الثلث فالقول قول المضارب لانهما اتفقا على شرط الثلث وادعى رب المال زيادة لا منفعة له فيها الا فساد العقد فلا يقبل قوله وان قامت لهما بينة فالبينة بينة رب المال لانها تثبت زيادة شرط ولو قال رب المال شرطت لك الثلث الا عشرة وقال المضارب بل شرطت لى الثلث فالقول قول رب المال لانه أقر له ببعض الثلث والمضارب يدعى تمام الثلث فلا يقبل قوله فى زيادة شرط الربح وفى هذا نوع اشكال وهو ان المضارب يدعى صحة العقد ورب المال يدعى فساده فينبغى أن يكون القول قول المضارب والجواب ان دعوى رب المال وان تعلق به فساد العقد لكنه منكر لزيادة يدعيها المضارب فيعتبر انكاره لانه مفيد فى الجملة ولو قال رب المال شرطت لك نصف الربح وقال المضارب شرطت لى مائة درهم أو لم تشترط لى شيأ ولى أجر المثل فالقول قول رب المال لان المضارب يدعى أجرا واجبا فى ذمة رب المال ورب المال ينكر ذلك فيكون القول قوله فان أقام رب المال البينة على شرط النصف وأقام المضارب البينة على انه لم يشترط له شيأ فالبينة بينة رب المال لانها مثبتة للشرط و بينة المضارب نافية والمثبتة أولى ولو أقام المضارب البينة انه شرط له مائة درهم فبينته أولى لان البينتين استويا فى اثبات الشرط و بينة المضارب أوجبت حكما زائدا وهو ايجاب الاجر على رب المال فكانت أولى وذكر الكرخى رحمه الله انهم جعلوا حكم المزارعة فى هذا الباب حكم المضاربة الا فى هذا الفصل خاصة وهو انه اذا أقام رب الارض والبذر البينة على انه شرط للعامل نصف الخارج وقال العامل شرطت لى مائة قفيز فالبينة بينة الدافع وفى المضاربة البينة بينة المضارب والفرق بينهما ان المزارعة عقد لازم فى جانب العامل بدليل ان من لا بذر له من جهته لو امتنع من العمل يجبر عليه فرجحنا بينة من يدعى الصحة والمضاربة ليست بلازمة فان المضارب لو امتنع من العمل لا يجبر عليه فلم يقع الترجيح بالتصحيح فرجحنا بايجاب الضمان وهو الاجر ولو قال رب المال دفعت اليك بضاعة وقال المضارب مضاربة بالنصف أو مائة درهم فالقول قول رب المال لان المضارب يستفيد الربح بشرطه وهو منكر فكان القول قوله انه لم يشترط ولان المضارب يدعى استحقاقا فى مال الغير فالقول قول صاحب المال ولو قال المضارب أقرضتنى المال والربح لى وقال رب المال دفعت اليك مضاربة أو بضاعة فالقول قول رب المال لان المضارب يدعى عليه التمليك وهو منكر فان أقاما البينة فالبينة بينة المضارب لانها تثبت التمليك ولانه لا تنافى بين البينتين لجواز أن يكون أعطاه بضاعة أو مضاربة ثم أقرضه ولو قال المضارب دفعت الى مضاربة وقال رب المال أقرضتك فالقول قول المضارب لانهما اتفقا على أن الاخذ كان باذن رب المال ورب المال يدعى على المضارب الضمان وهو ينكر فكان القول قوله فان قامت لهما بينة فالبينه بينة رب المال لانها تثبت أصل الضمان ولو جحد المضارب المضاربة أصلا ورب المال يدعى دفع المال اليه مضاربة فالقول قول المضارب لان رب المال يدعى عليه قبض ماله وهو ينكر فكان القول قوله ولو جحد ثم أقر فقد قال ابن سماعة فى نوادره سمعت أبا يوسف قال فى رجل دفع الى رجل مالا مضاربة ثم طلبه منه فقال لم تدفع الى شيأ ثم قال بلى استغفر الله العظيم قد دفعت الى ألف درهم مضاربة فهو ضامن للمال لانه أمين والامين اذا جحد الامانة ضمن كالمودع وهذا لان عقد

المضاربة ليس بعقد لازم بل هو عقد جائز محتمل للفسخ فكان جحوده فسخا له أو رفعا له واذا ارتفع العقد صار المال مضمونا عليه كالوديعة فان اشترى بها مع الجحود كان مشتريا لنفسه لانه ضامن للمال فلا يبقى حكم المضاربة لان من حكم المضارب أن يكون المال أمانة فى يده فاذا صار ضمينا لم يبق أمينا فان أقر بعد الجحود لا يرتفع الضمان لان العقد قد ارتفع بالجحود فلا يعود الا بسبب جديد فان اشترى بها بعد الاقرار فالقياس أن يكون ما اشتراه لنفسه لانه قد ضمن المال بجحوده فلا يبرأ منه بفعله وفى الاستحسان يكون ما اشتراه على المضاربة و يبرأ من الضمان لان الامر بالشراء لم يرتفع بالجحود بل هو قائم مع الجحود لان الضمان لا ينافى الامر بالشراء بدليل ان من غصب من آخر شيأ فأمر المغصوب منه الغاصب ببيع المغصوب أو بالشراء به صح الامر وان كان المغصوب مضمونا على الغاصب واذا بقى الامر بعد الجحود فاذا اشترى بموجب الامر وقع الشراء للآمر ولن يقع الشراء له الا بعد انتفاء الضمان وصار كالغاصب اذا باع المغصوب بأمر المالك وسلم انه يبرأ من الضمان كذا هذا وقوله المال صار مضمونا عليه فلا يبرأ من الضمان بفعله قلنا العين المضمونة يجوز أن يبرأ الضامن منها بفعله كالمغصوب منه اذا أمر الغاصب أن يجعل المغصوب فى موضع كذا أو يسلمه الى فلان انه يبرأ بذلك من الضمان وكذلك رجل دفع الى رجل ألف درهم فأمره أن يشترى بها عبدا فجحده الالف ثم أقر بها ثم اشترى جاز الشراء و يكون للآمر و برئ الجاحد من الضمان ولو اشترى بها عبدا ثم أقر لم يبرأ عن الضمان وكان الشراء له لما ذكرنا فى المضارب ولو دفع اليه ألفا وأمره أن يشترى بها عبدا بعينه ثم جحد الالف ثم اشترى بها العبد ثم أقر بالالف فان العبد للآمر لان الوكيل بشراء العبد بعينه لا يملك أن يشتريه لنفسه فتعين أن يكون الشراء للآمر فصار كأنه أقر ثم اشترى بخلاف المضارب لانه يملك أن يشترى لنفسه فلا يحمل على الشراء لرب المال الا أن يقر بالمال قبل الشراء وقال أبو يوسف فى المأمور ببيع العبد اذا جحده اياه فادعاه لنفسه ثم أقر له به ان البيع جائز وهو برئ من ضمانه وكذلك لو دفع اليه عبدا فأمره أن يهبه لفلان فجحده وادعاه لنفسه ثم أقر له به فباعه ان البيع جائز وهو برئ من ضمانه وكذلك ان أمره بعتقه فجحده وادعاه لنفسه ثم أقر له به فأعتقه جاز عتقه لما ذكرنا ان الامر بعد الجحود قائم فاذا جحد ثم أقر فقد تصرف بأمر رب المال فيبرأ من الضمان ولو باع العبد أو وهبه أو أعتقه ثم أقر بذلك بعد البيع قال ابن سماعة ينبغى فى قياس ما اذا دفع اليه الفا وأمره أن يشترى بها عبدا بعينه انه يجوز و يلزم الآمر لانه لا يملك أن يبيع العبد لنفسه وقال هشام سمعت محمدا قال فى رجل دفع الى رجل الف درهم مضاربة فجاء بألف وخمسمائة فقال هذه الالف رأس المال وهذه الخمسمائة ربح وسكت ثم قال على دين فيه لفلان كذا كذا قال محمد القول قول المضارب وقال الحسن بن زياد اذا أقر المضارب انه عمل بالمال وان فى يده عشرة آلاف وعلى فيها دين الف أو الفان فقال ذلك فى كلام متصل كان القول قوله مع يمينه يدفع الدين منه سمى صاحبه أو لم يسمه وان سكت سكتة ثم أقر بذلك وسمى صاحبه أو لم يسمه لم يصدق قال وهذا قياس قول أبى حنيفة وهذا الذى ذكره الحسن يخالف ما قال محمد (ووجهه) انه اذا قال فى يدى عشرة آلاف وسكت فقد أقر بالربح فاذا قال على دين الف فقد رجع عما أقر به لان الربح لا يكون الا بعد قضاء الدين والاقرار اذا صح لا يحتمل الرجوع عنه بخلاف ما اذا قال ذلك متصلا لان الاقرار لم يستقر بعد وكان بمنزلة الاستثناء (وجه) قول محمد ان أقر بالدين فى حال يملك الاقرار به فينفذ اقراره كما اذا قال هذا ربح وعلى دين وقوله ان قوله على دين بعد ما سكت يكون رجوعا عما أقر به من الربح ممنوع فانه يجوز انه ربح ثم لزمه الدين ألا ترى ان الرجل يقول قد ربحت ولزمنى دين وهو يملك الاقرار بالدين فاذا أقر به صح ولو جاء المضارب بألفين فقال الف رأس المال وألف ربح ثم قال ما أربح الا خمسمائة ثم هلك المال كله فى يد المضارب فان المضارب يضمن الخمسمائة التى جحدها ولا ضمان عليه فى باقى المال لان الربح أمانة فى يده فاذا جحده فقد صار غاصبا بالجحود فيضمن اذا هلك ولو قال المضارب لرب المال قد دفعت اليك رأس مالك والذى بقى فى يدى ربح ثم رجع فقال لم أدفعه اليك ولكن هلك فانه يضمن ما ادعى دفعه الى رب المال لانه صار

جاحدا بدعوى الدفع فيضمن بالجحود وكذلك لو اختلفا في الربح ثم رجع فقال لم أدفعه اليك ولـكنه هلك فانه يضمن
ما ادعى دفعه الى رب المال لما بينا ولو اختلفا في الربح فقال رب المال شرطت لك الثلث وقال المضارب شرطت الى
النصف ثم هلك المال في يد المضارب قال محمد يضمن المضارب السدس من الربح يؤديه الى رب المال من ماله خاصة
ولا ضمان عليه فيما سوى ذلك لانا قد بينا أن القول في شرط الربح قول رب المال واذا كان كذلك فنصيب المضارب
الثلث وقد ادعى النصف ومن ادعى أمانة في يده ضمنها لذلك يضمن سدس الربح والله عز وجل الموفق

﴿فصل﴾ وأما بيان ما يبطل به عقد المضاربة فعقد المضاربة يبطل بالفسخ وبالنهي عن التصرف لكن عند وجود
شرط الفسخ والنهي وهو علم صاحبه بالفسخ والنهي وأن يكون رأس المال عينا وقت الفسخ والنهي فان كان متاعا لم يصح
وله أن يبيعه بالدراهم والدنانير حتى ينض كما ذكرنا فيما تقدم وان كان عينا صح لكن له صرف الدراهم الى الدنانير والدنانير
الى الدراهم بالبيع لما ذكرنا أن ذلك لا يعد بيعا لتجانسهما في معنى الثمنية وتبطل بموت أحدهما لان المضاربة تشتمل
على الوكالة والوكالة تبطل بموت الموكل والوكيل وسواء علم المضارب بموت رب المال أو لم يعلم لانه عزل حكمي فلا
يقف على العلم كما في الوكالة الا أن رأس المال اذا صار متاعا فللوكيل أن يبيع حتى يصير ناضا لما بينا وتبطل بجنون
أحدهما اذا كان مطبقا لانه يبطل أهلية الامر للآمر وأهلية التصرف للمأمور وكل ما تبطل به الوكالة تبطل به المضاربة
وقد تقدم في كتاب الوكالة تفصيله ولو ارتد رب المال فباع المضارب واشترى بالمال بعد الردة فذلك كله موقوف في
قول أبي حنيفة عليه الرحمة ان رجع الى الاسلام بعد ذلك نفذ كله والتحقت ردته بالعدم في جميع أحكام المضاربة
وصار كأنه لم يرتد أصلا وكذلك ان لحق بدار الحرب ثم عاد مسلما قبل أن يحكم بلحاقه بدار الحرب على الرواية
التي يشترط حكم الحاكم بلحاقه للحكم بموته وصيرورة أمواله ميراثا لورثته فان مات أو قتل على الردة أو لحق بدار
الحرب وقضى القاضي بلحاقه بطلت المضاربة من يوم ارتد على أصل أبي حنيفة عليه الرحمة أن ملك المرتد
موقوف ان مات أو قتل أو لحق فحكم باللحوق يزول ملكه من وقت الردة الى ورثته ويصير كأنه مات في ذلك
الوقت فيبطل تصرف المضارب بامره لبطلان أهلية الامر ويصير كأنه تصرف في ملك الورثة فان كان رأس المال
يومئذ قائما في يده لم يتصرف فيه ثم اشترى بعد ذلك فالمشترى وربحه يكون له لانه زال ملك رب المال عن المال
فينعزل المضارب عن المضاربة فصار متصرفا في ملك الورثة بغير أمرهم وان كان صار رأس المال متاعا فبيع المضارب
فيه وشراؤه جائز حتى ينض رأس المال لما ذكرنا في هذه الحالة لا ينعزل بالعزل والنهي ولا بموت رب المال فكذلك
ردته فان حصل في يد المضارب دنانير ورأس المال دراهم أو حصل في يده دراهم ورأس المال دنانير فالقياس أن
لا يجوز له التصرف لان الذي حصل في يده من جنس رأس المال معنى لاتحادهما في الثمنية فيصير كأن عين المال
قائم في يده الا انهم استحسنوا فقالوا ان باعه بجنس رأس المال جاز لان على المضارب ان يرد مثل رأس المال فكان
له ان يبيع ما في يده كالعروض وأما على أصل أبي يوسف ومحمد فالردة لا تقدح في ملك المرتد فيجوز تصرف المضارب
بعد ردة رب المال كما يجوز تصرف رب المال بنفسه عندهما فان مات رب المال أو قتل كان موته كموت المسلم في بطلان
عقد المضاربة وكذلك ان لحق بدار الحرب وحكم بلحاقه لان ذلك بمنزلة الموت بدليل ان ماله يصير ميراثا لورثته
فبطل أمره في المال فان لم يرتد رب المال ولكن المضارب ارتد فالمضاربة على حالها في قولهم جميعاً لان وقوف تصرف
رب المال بنفسه لوقوف ملكه ولا ملك للمضارب فيما يتصرف فيه بل الملك لرب المال ولم توجد منه الردة فبقيت
المضاربة الا انه لا عهدة على المضارب وانما العهدة على رب المال في قياس قول أبي حنيفة رحمه الله لان العهدة تلزم
بسبب المال فتكون على رب المال وصار كما لو وكل صبياً محجوراً أو عبداً محجوراً فاما على قولهما فالعهدة عليه لان
تصرفه كتصرف المسلم وان مات المضارب أو قتل على الردة بطلت المضاربة لان موته في الردة كموته قبل الردة وكذا
اذا لحق بدار الحرب وقضى بلحوقه لان ردته مع اللحاق والحكم به بمنزلة موته في بطلان تصرفه فان لحق المضارب

بدار

بدار الحرب بعد ردته فباع واشترى هناك ثم رجع مسلماً فجميع ما اشترى وباع فى دار الحرب يكون له ولا ضمان عليه فى شىء من ذلك لانه لما لحق بدار الحرب صار كالحربى اذا استولى على مال انسان ولحق بدار الحرب انه يملكه فكذا المرتد وأما ارتداد المرأة وعدم ارتدادها سواء فى قولهم جميعاً سواء كان المال لها أو كانت مضاربة لان ردتها لا تؤثر فى ملكها الا ان تموت فتبطل المضاربة كما لو ماتت قبل الردة أو لحقت بدار الحرب وحكم بلحاقها لما ذكرنا ان ذلك بمنزلة الموت وتبطل بهلاك مال المضاربة فى يد المضارب قبل ان يشترى به شيئاً فى قول أصحابنا لانه تعين لعقد المضاربة بالقبض فيبطل العقد بهلاكه كالوديعة وكذلك لو استهلكه المضارب أو أنفقه أو دفعه الى غيره فاستهلكه لما قلنا حتى لا يملك ان يشترى به شيئاً للمضاربة فان أخذ مثله من الذى استهلكه كان له ان يشترى به على المضاربة كذا روى الحسن عن أبى حنيفة لانه أخذ عوض رأس المال فكان أخذ عوضه بمنزلة اخذ ثمنه فيكون على المضاربة وروى ابن رستم عن محمد انه لو أقرضها المضارب رجلا فان رجع اليه الدراهم بعينها رجعت على المضاربة لانه وان تعدى يضمن لكن زال التعدى فيزول الضمان المتعلق به وان أخذ مثلها لم يرجع فى المضاربة لان الضمان قد استقر بهلاك العين وحكم المضاربة مع الضمان لا يجتمعان ولهذا يخالف ما رواه الحسن بن زياد عن أبى حنيفة فى الاستهلاك هذا اذا هلك مال المضاربة قبل ان يشترى المضارب شيئاً فان هلك بعد الشراء بان كان مال المضاربة الفاً فاشترى بها جارية ولم ينقد الثمن البائع حتى هلكت الالف فقد قال أصحابنا الجارية على المضاربة ويرجع على رب المال بالالف فيسلمها الى البائع وكذلك ان هلكت الثانية التى قبض رجع بمثلها على رب المال وكذلك سبيل الثالثة والرابعة وما بعد ذلك أبداً حتى يسلم الى البائع ويكون ما دفعه أولا رب المال وما غرم كله من رأس المال وانما كان كذلك لان المضارب متصرف لرب المال فيرجع بما لحقه من الضمان بتصرفه له كالوكيل غير ان الفرق بين الوكيل والمضارب ان الوكيل اذا هلك الثمن فى يده فرجع بمثله الى الموكل ثم هلك الثانى لم يرجع على الموكل والمضارب يرجع فى كل مرة ووجه الفرق ان الوكالة قد انتهت بشراء الوكيل لان المقصود من الوكالة بالشراء استفادة ملك المبيع لا الربح فاذا اشترى فقد حصل المقصود فانتهى عقد الوكالة بانتهائه ووجب على الوكيل الثمن للبائع فاذا هلك فى يده قبل ان ينقده البائع وجب للوكيل على الموكل مثل ما وجب للبائع عليه فاذا قبضه مرة فقد استوفى حقه فلا يجب له عليه شىء آخر فاما المضاربة فانها لا تنتهى بالشراء لان المقصود منها الربح ولا يحصل الا بالبيع والشراء مرة بعد أخرى فاذا بقى العقد فكان له ان يرجع ثانياً وثالثاً وما غرم رب المال مع الاول يصير كله رأس المال لانه غرم لرب المال بسبب المضاربة فيكون كله من مال المضاربة ولان المقصود من هذا العقد هو الربح فلو لم يصر ما غرم رب المال من رأس المال ويهلك مجاناً يتضرر به رب المال لانه يخسر ويربح المضارب وهذا لا يجوز ولو قبض المضارب الالف الاولى فتصرف فيها حتى صارت ألفين ثم اشترى بها جارية قيمتها ألفان فهلكت الالفان قبل ان ينقدها البائع فانه يرجع على رب المال بألف وخمسمائة ويغرم المضارب من ماله خمسمائة وهى حصته من الربح فيكون ربع الجارية للمضارب خاصة وثلاثة أرباعها على المضاربة ورأس المال فى هذه الثلاثة الارباع ألفان وخمسمائة وانما كان كذلك لانه لما اشترى الجارية بألفين فقد اشتراها اربا عار بعها للمضارب وثلاثة أرباعها لرب المال لانه اشتراها بعد ما ظهر ملك المضارب فى الربح لانه اشتراها بالفين ورأس المال ألف فحصة رب المال من الربح خمسمائة وحصة المضارب خمسمائة فما اشتراه لرب المال رجع عليه وما اشتراه لنفسه فضمانه عليه وانما خرج ربع الجارية من المضاربة لان القاضى لما الزمه ضمان حصته من الربح فقد عينه ولا يتعين الا بالقيمة فخرج الربح من المضاربة وبقى الباقى على ما كان عليه وقد لزم رب المال ألف وخمسمائة بسبب المضاربة فصار ذلك زيادة فى رأس المال فصار رأس المال ألفين وخمسمائة فان بيعت هذه الجارية باربعة آلاف منها للمضارب ألف لان ذلك حصته من الربح فكان ملكه وبقى ثلاثة آلاف على المضاربة لرب المال منها ألفان وخمسمائة رأس ماله يبقى ربح خمسمائة

فيكون بينهما نصفين على الشرط ولو كانت الجارية تساوى ألفين والشراء بألف وهى مال المضاربة فضاعت غرمها رب المال كلها لان الشراء اذا وقع بألف فقد وقع بثمن كله رأس المال وانما يظهر الربح فى الثانى فيكون الضمان على رب المال بخلاف الفصل الاول فان هناك الشراء وقع بألفين فظهر ربح المضارب وهلك ربع الجارية فيغرم حصة ذلك الربع من الثمن و روى عن محمد فى المضارب اذا اشترى جارية بألفى درهم الف ربح وقيمتها ألف فضاعت الالفان قبل ان ينقدها البائع أنه على ان على المضارب الربع وهو خمسمائة وعلى رب المال ألف وخمسمائة وهذا على ما بينا قال محمد ولو اشترى جارية تساوى ألفين بامة تساوى ألفاً وقبض التى اشتراها ولم يدفع امته حتى ماتتا جميعاً فى يده فانه يغرم قيمة التى اشترى وهى ألف يرجع بذلك على رب المال لان المضمون عليه قيمة الجارية التى اشتراها ولا فضل فى ذلك عن رأس المال وهذا انما يجوز وهو ان يشترى المضارب جارية قيمتها ألف بالفين اذا كان رب المال قال له اشتر بالقليل والكثير والافشراء المضارب على هـذا الوجه لا يصح فى قولهم جميعاً وذكر ابن سماعه عن محمد فى موضع آخر فى نوادره فى رجل دفع الى رجل ألف درهم مضاربة بالنصف فاشترى المضارب وباع حتى صار المال ثلاثة آلاف فاشترى بثلاثة آلاف ثلاثة اعبد قيمة كل واحد ألف ولم ينقد المال حتى ضاع قال يغرم ذلك كله على رب المال ويكون رأس المال أربعة آلاف لان المضارب لم يتعين له ملك فى واحد من العبيد لان كل واحد منهم يجوز ان يكون رأس المال لهذا لا ينفذ عتقه فيهم فيرجع بجميع ثمنهم وقد علل محمد لهذا فقال من قبل ان المضارب لم يكن يجوز عتقه فى شئ من العبيد وهـذا يخالف ما ذكره الكرخى فانه قال ان محمدا يعتبر المضمون على المضارب الذى يغرمه دون ما وجب عليه من الثمن ومعنى هذا الكلام ان المضارب اذا قبض ولم ينقد الثمن حتى هلك كان المعتبر ما يجب عليه ضمانه فان كان ما يضمنه زائداً على رأس المال كان على المضارب حصة ذلك والا فلا وهـذا بخلاف الاول لانا اذا اعتبرنا الضمان فقد ضمن أكثر من رأس المال فاما ان يجعل عن محمد روايتان أو يكون الشرط فيما صار مضموناً على المضارب ان يتعين حقه فيه وهنا وان ضمن فانه لم يتعين حقه فيه وأما تعليله بعدم نفاذ العتق فلا يطرد لانه لو اشترى بالالفين جارية تساوى ألفاً يضمن وان لم ينفذ عتقه فيه الا ان يكون جعل نفوذ العتق فى الجارية المشتراة بالفين وقيمتها ألفان عليه لوجوب الضمان عليه فما لا ينفذ عتقه فيه يكون عكس العلة فلا يلزمه طرده فى جميع المواضع وقال محمد اذا اشترى المضارب عبداً بألف درهم وهى مال المضاربة ففقد المال فقال رب المال اشتريته على المضاربة ثم ضاع المال وقال المضارب اشتريته بعد ما ضاع وانا أرى ان المال عندى فاذا قد ضاع قبل ذلك فالقول قول المضارب لان الاصل فى كل من يشترى شيئاً انه يعتبر مشترياً لنفسه ولان الحال يشهد به أيضاً وهو هلاك المال فكان الظاهر شاهداً للمضارب فكان القول قوله وذكر محمد فى المضاربة الكبيرة اذا اختلفا وقال رب المال ضاع قبل ان تشترى الجارية وانما اشتريتها لنفسك وقال المضارب ضاع المال بعد ما اشتريتها وأنا أريد ان آخذك بالثمن ولا أعلم متى ضاع فالقول قول رب المال مع يمينه وعلى المضارب البينة انه اشترى والمال عنده انما ضاع بعد الشراء لان رب المال ينفى الضمان عن نفسه والمضارب يدعى عليه الضمان ليرجع عليه بالثمن لانه يدعى وقوع العقد له ورب المال ينكر ذلك فكان القول قوله ولان الحال وهو الهلاك شهد لرب المال فان أقاما البينة فالبينة بينة المضارب لانها تثبت الضمان فكانت أولى واذا انفسخت المضاربة ومال المضاربة ديون على الناس وامتنع عن التقاضى والقبض فان كان فى المال ربح أجبر على التقاضى والقبض وان لم يكن فيه ربح لم يجبر عليهما وقيل له أحل رب المال بالمال على الغرماء لانه اذا كان هناك ربح كان له فيه نصيب فيكون عمله عمل الاجير والاجير مجبور على العمل فيما التزم وان لم يكن هناك ربح لم تسلم له منفعة فكان عمله عمل الوكلاء فلا يجبر على اتمام العمل كما لا يجبر الوكيل على قبض الثمن غير انه يؤمر المضارب أو الوكيل ان يحيل رب المال على الذى عليه الدين حتى يمكنه قبضه لان حقوق العقد راجعة الى العاقد فلا تثبت ولاية القبض للآمر الا بالحوالة من العاقد فيلزمه ان يحيله بالمال حتى لا يتوى حقه ولو ضمن العاقد

لرب المال هذا الدين الذى عليه لم يجز ضمانه لان العاقد قد جعله أميناً فلا يملك ان يجعل نفسه ضميناً فيما جعله العاقد أميناً ولو مات المضارب ولم يوجد مال المضاربة فيما خلف فانه يعود ديناً فيما خلف المضارب وكذا المودع والمستعير والمستبضع وكل من كان المال فى يده امانة اذا مات قبل البيان ولا تعرف الامانة بعينها فانه يكون عليه ديناً فى تركته لانه صار بالتجهيل مستهلكا للوديعة ولا تصدق ورثته على الهلاك والتسليم الى رب المال ولو عين الميت المال فى حال حياته أو علم ذلك يكون ذلك امانة فى يد وصيه أو فى يد وارثه كما كان فى يده ويصدقون على الهلاك والدفع الى صاحبه كما يصدق الميت فى حال حياته والله عز وجل أعلم

﴿ كتاب الهبة ﴾

الكلام فى هذا الكتاب فى الاصل فى ثلاثة مواضع فى بيان ركن الهبة وفى بيان شرائط الركن وفى بيان حكم الهبة أما ركن الهبة فهو الايجاب من الواهب فاما القبول من الموهوب له فليس بركن استحساناً والقياس ان يكون ركنا وهو قول زفر وفى قول قال القبض أيضا ركن وفائدة هذا الاختلاف تظهر فيمن حلف لا يهب هذا الشئ لفلان فوهبه منه فلم يقبل انه يحنث استحسانا وعند زفر لا يحنث مالم يقبل وفى قول مالم يقبل ويقبض وأجمعوا على انه اذا حلف لا يبيع هذا الشئ لفلان فباعه فلم يقبل انه لا يحنث وعلى هذا الخلاف اذا قال رجل لآخر وهبت هذا الشئ منك فلم يقبل فقال المقر له لا بل قبلت فالقول قول المقر عندنا وعنده القول قول المقر له وأجمعوا على انه لو قال بعت هذا الشئ منك فلم تقبل فقال المقر له لا بل قبلت ان القول قول المقر له (وجه) القياس ان الهبة تصرف شرعى والتصرف الشرعى وجوده شرعا باعتباره وهو انعقاده فى حق الحكم والحكم لا يثبت بنفس الايجاب فلا يكون نفس الايجاب هبة شرعا لهذا أمكن الايجاب بدون القبول تبعا كذا هذا (وجه) الاستحسان ان الهبة فى اللغة عبارة عن مجرد ايجاب المالك من غير شريطة القبول وانما القبول والقبض لثبوت حكمها لا لوجودها فى نفسها فاذا أوجب فقد أتى بالهبة فترتب عليها الاحكام والدليل على ان وقوع التصرف هبة لا يقف على القبول ما روى عن النبى عليه الصلاة والسلام انه قال لا تجوز الهبة الا مقبوضة محوزة أطلق اسم الهبة بدون القبض والحيازة وروى ان الصعب بن جثامة أهدى الى النبى عليه الصلاة والسلام حمار وحش وهو بالابواء وفى رواية بودان فرده النبى عليه الصلاة والسلام وقال لولا انا حرام والا لقبلناه فقد أطلق الراوى اسم الاهداء بدون القبول والاهداء من الفاظ الهبة وروى ان سيدنا أبا بكر الصديق رضى الله عنه دعى سيدتنا عائشة رضى الله عنها فى مرض موته فقال لها انى كنت نحلتك جداد عشرين وسقا من مالى بالعالية وانك لم تكونى قبضتيه ولا حرزتيه وانما هو اليوم مال الوارث أطلق الصديق رضى الله عنه اسم النحلى بدون القبض والنحلى من ألفاظ الهبة فثبت ان الهبة فى اللغة عبارة عن نفس ايجاب الملك والاصل ان معنى التصرف الشرعى هو مادل عليه اللفظ لغة بخلاف البيع فانه اسم الايجاب مع القبول فلا يطلق اسم البيع لغة وشريعة على أحدهما دون الآخر فلم يوجد الا بتسم التصرف بسمة البيع ولان المقصود من الهبة هو اكتساب المدح والثناء باظهار الجود والسخاء وهذا يحصل بدون القبول بخلاف البيع وكذا الغرض من الحلف هو منع النفس عن مباشرة المحلوف عليه وذلك هو الايجاب لانه فعل الواهب فيقدر على منع نفسه عنه (فأما) القبول والقبض ففعل الموهوب له فلا يكون مقدور الواهب والملك محكوم شرعى ثبت جبرا من الله تعالى شاء العبد أو أبى فلا يتصور منع النفس عنه أيضا بخلاف البيع فانه وان منع نفسه عن فعله وهو الايجاب الا أن الايجاب هناك لا يصير تبعا بدون القبول فشرط القبول ليصير تبعا فالايجاب هو أن يقول الواهب وهبت هذا الشئ لك أو ملكته منك أو جعلته لك أو هو لك أو أعطيته أو نحلته أو أهديته اليك أو أطعمتك هذا الطعام أو حملتك على هذه الدابة ونوى به الهبة (أما) قوله وهبت لك فصريح فى الباب وقوله ملكتك يجرى مجرى الصريح أيضا لان تمليك العين للحال من

غير عوض هو تفسير الهبة وكذا قوله جعلت هذا الشئ لك وقوله هو لك لان اللام المضاف الى من هو أهل للملك للتمليك فكان تمليك العين فى الحال من غير عوض وهو معنى الهبة وكذا قوله أعطيتك لان العطية المضافة الى العين فى عرف الناس هو تمليكها للحال من غير عوض وهذا معنى الهبة وكذا يستعمل الاعطاء استعمال الهبة يقال أعطاك الله كذا ووهبك بمعنى والنحلة هى العطية يقال فلان نحل ولده نحلى أى أعطاه عطية والهبة بمعنى العطية وقوله أطعمتك هذا الطعام فى معنى أعطيتك وقوله حملتك على هذه الدابة فانه يحتمل الهبة ويحتمل العارية فانه روى أن سيدنا عمر بن الخطاب رضى الله عنهما حمل رجلا على دابة ثم رآها تباع فى السوق فأراد أن يشتريها فسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال صلى الله عليه وسلم لا ترجع فى صدقتك فاحتمل تمليك العين واحتمل تمليك المنافع فلا بد من النية للتعيين ولو قال منحتك هذا الشئ أو قال هذا الشئ لك منحة فهذا لا يخلو اما أن يكون ذلك الشئ مما يمكن الانتفاع به من غير استهلاك واما أن يكون مما لا يمكن الانتفاع به الا باستهلاكه فان كان مما يمكن الانتفاع به من غير استهلاك كالدار والثوب والدابة والارض بان قال هذه الدار لك منحة أو هذا الثوب أو هذه الدابة أو هذه الارض فهو عارية لان المنحة فى الاصل عبارة عن هبة المنفعة أو ماله حكم المنفعة وقد أضيف الى ما يمكن الانتفاع به من غير استهلاكه من السكنى واللبس والركوب والزراعة لان منفعة الارض زراعتها فكان هذا تمليك المنفعة من غير عوض وهو تفسير الاعارة وكذا اذا قال لارض بيضاء هذه الارض لك طعمة كان عارية لان عين الارض مما لا يطعم وانما يطعم ما يخرج منها فكان طعمة الارض زراعتها فكان ذلك حينئذ اعارة ولصاحبها أن يأخذها اذا لم يكن فيها زرع وان كان فيها زرع فالقياس أن يكون له ولاية القلع كالبناء والغرس وفى الاستحسان يترك الى وقت الحصاد باجر المثل وسنذكره وجهها فى كتاب العارية ولو منحه شاة حلوبا أو ناقة حلوبا أو بقرة حلوبا وقال هذه الشاة لك منحة أو هذه الناقة أو هذه البقرة كان عارية وجاز له الانتفاع بلبنها لان اللبن وان كان عينا حقيقة فهو معدود من المنافع عرفا وعادة فأعطى له حكم المنفعة كأنه أباح له شرب اللبن فيجوز له الانتفاع بلبنها وكذلك لو منحه جديا أو عناقا كان له عارية لان الجدى بعرض أن يصير فحلا والعناق حلوبا وان عنى بالمنحة الهبة فى هذه المواضع على فهو ما عنى لانه نوى ما يحتمله لفظه وفيه تشديد على نفسه وان كان مما لا يمكن الانتفاع به الا بالاستهلاك كالمأكول والمشروب والدراهم والدنانير بأن قال هذا الطعام لك منحة أو هذا اللبن أو هذه الدراهم والدنانير كان هبة لان المنحة المضافة الى ما لا يمكن الانتفاع به الا بالاستهلاك لا يمكن حملها على هبة المنفعة فيحمل على هبة العين وهى تمليكها وتمليك العين للحال من غير عوض هو تفسير الهبة هذا اذا كان الايجاب مطلقا عن القرينة فأما اذا كان مقرونا بقرينة فالقرينة لا تخلو (اما) ان كان وقتا (واما) ان كان شرطا (واما) ان كان منفعة فان كان وقتا بأن قال أعمرتك هذه الدار أو صرح فقال جعلت هذه الدار لك عمرى أو قال جعلتها لك عمرك أو قال هى لك عمرك أو حياتك فاذا مت أنت فهى رد على أو قال جعلتها لك عمرى أو حياتى فاذا مت أنا فهى رد على ورثتى فهذا كله هبة وهى للمعمر له فى حياته ولورثته بعد وفاته والتوقيت باطل والاصل فيه ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال أمسكوا عليكم أموالكم لا تعمروها فان من أعمر شيأ فانه لمن أعمره وروى جابر بن عبد الله أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أيما رجل أعمر عمرى له ولعقبه فانها للذى يعطاها لا يرجع الى الذى أعطاها لانه أعطى عطاء وقعت فيه المواريث وعن جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من أعمر عمرى حياته فهى له ولعقبه يرثها من يرثه بعده فدلت هذه النصوص على جواز الهبة و بطلان التوقيت لان قوله جعلت هذه الدار لك أو هى لك تمليك العين للحال مطلقا ثم قوله عمرى توقيت التمليك وانه تغيير لمقتضى العقد وكذا تمليك الاعيان لا يحتمل التوقيت نصا كالبيع فكان التوقيت تصرفا مخالفا لمقتضى العقد والشرع فبطل وبقى العقد صحيحا وان كانت القرينة شرطا نظر الى الشرط المقرون فان كان مما يمنع وقوع التصرف تمليكا للحال يمنع صحة الهبة والا فيبطل الشرط وتصح الهبة وعلى هذا يخرج ما اذا قال أرقبتك هذه الدار أو صرح فقال

جعلت

جعلت هذه الدار لك رقبى أو قال هذه الدار لك رقبى ودفعها اليه فهى عارية فى يده له أن يأخذها منه متى شاء وهذا
قول أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف هذا هبة وقوله رقبى باطل احتج بما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم
أجاز العمرى والرقبى ولان قوله دارى لك تمليك العين لا تمليك المنفعة ولما قال رقبى فقد علقه بالشرط وانه لا يحتمل
التعليق فبطل الشرط وبقى العقد صحيحا ولهذا لو قال دارى لك عمرى انه تصح الهبة ويبطل شرط المعمر كذا هذا
واحتجا بما روى الشعبى عن شريح أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أجاز العمرى وأبطل الرقبى ومثلهما لا يكذب
ولان قوله دارى لك رقبى تعليق التمليك بالخطر لان معنى الرقبى انه يقول ان مت أنا قبلك فهى لك وان مت أنت قبلى
فهى لى سمى الرقبى من الرقوب والارتقاب والترقب وهو الانتظار لان كل واحد منهما ينتظر موت صاحبه قبل موته
وذلك غير معلوم فكانت الرقبى تعليق التمليك بأمر له خطر الوجود والعدم والتمليكات مما لا تحتمل التعليق بالخطر
فلم تصح هبة وصحت عارية لانه دفع اليه وأطلق له الانتفاع به وهذا معنى العارية وهذا بخلاف العمرى لان هناك
وقع التصرف تمليكا للحال فهو بقوله عمرى وقت التمليك انه لا يحتمل التوقيت فبطل وبقى العقد على الصحة ولا حجة
له فى الحديث لان الرقبى يحتمل أن تكون من المراقبة وهى الانتظار ويحتمل أن تكون من الارقاب وهو هبة الرقبة
فان أريد بها الاول كان حجة له وان أريد بها الثانى لا يكون حجة لان ذلك جائز فلا يكون حجة مع الاحتمال أو يحمل على
الثانى توفيقا بين الحديثين صيانة لكلام من يستحيل عليه التناقض عنه وبهذا تبين أن لا اختلاف بينهم فى الحقيقة
ان كان الرقبى والارقاب مستعملان فى اللغة فى هبة الرقبة وينبغى أن ينوى فان عنى به هبة الرقبة يجوز بلا خلاف
وان عنى به مراقبة الموت لا يجوز بلا خلاف ولو قال لرجلين دارى لاطولكما حياة فهو باطل لانه لا يدرى أيهما
أطول حياة فكان هذا تعليق التمليك بالخطر فبطل ولو قال دارى لك حبيس فهذا عارية عند أبى حنيفة ومحمد وعند
أبى يوسف هو هبة وقوله حبيس باطل بمنزلة الرقبى (وجه) قوله أن قوله دارى لك تمليك وقوله حبيس نفى الملك فلم
يصح النفى وبقى التمليك على حاله (وجه) قولهما أن قوله حبيس خرج تفسيرا لقوله لك فصار كأنه ابتدأ بالحبيس
فقال دارى حبيس لك ولو قال ذلك كان عارية بالاجماع كذا هذا ولو قال دارى رقبى لك كان عارية اجماعا ذكره
القاضى فى شرحه مختصر الطحاوى ولو وهب جارية على أن يبيعها أو على أن يتخذها أم ولد أو على أن يبيعها لفلان
أو على أن يردها عليه بعد شهر جازت الهبة وبطل الشرط لان هذه الشروط مما لم تمنع وقوع التصرف تمليكا للحال
وهى شروط تخالف مقتضى العقد فتبطل ويبقى العقد على الصحة بخلاف شروط الرقبى على ما بينا وبخلاف البيع
فانه تبطله هذه الشروط لان القياس أن لا يكون قران الشرط الفاسد لعقد ما مفسدا له لان ذكره فى العقد لم يصح فيلحق
بالعدم ويبقى العقد صحيحا الا أن الفساد فى البيع للنهى الوارد فيه ولا نهى فى الهبة فيبقى الحكم فيه على الاصل ولان
دلائل شرعية الهبة عامة مطلقة من نحو قوله تعالى فان طبن لكم عن شىء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا وهذا يجرى مجرى
الترغيب فى أكل المهر وقوله عليه الصلاة والسلام تهادوا تحابوا وهذا ندب الى التهادى والهدية هبة وروينا عن
الصديق رضى الله عنه انه قال لسيدتنا عائشة رضى الله عنها انى كنت نحلتك كذا وكذا وعن سيدنا عمر رضى الله عنه
انه قال من وهب هبة لصلة رحم أو على وجه صدقة فانه لا يرجع فيها ومن وهب هبة يرى انه أراد بها الثواب فهو على
هبته يرجع فيها ان لم يرض عنها ونحوه من الدلائل المقتضية لشرعية الهبة من غير فصل بين ما قرن بها شرط فاسد أو لم
يقرن وعلى هذا يخرج ما اذا وهب جارية واستثنى ما فى بطنها أو وهب حيوانا واستثنى ما فى بطنه أن الهبة جائزة فى
الام والولد جميعا والاستثناء باطل والكل للموهوب له وجملة الكلام فى العقود التى فيها استثناء الحمل انها أقسام ثلاثة
قسم منها يبطل ويبطل الاستثناء جميعا وقسم منها يصح ويبطل الاستثناء وقسم منها يصح ويصح الاستثناء (أما)
الاول فهو البيع والاجارة والكتابة والرهن لان الاستثناء لما فى البطن بمنزلة شرط فاسد وهذه العقود تبطل
بالشروط الفاسدة (وأما) القسم الثانى فالهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد لان هذه العقود

لا تبطل بالشروط الفاسدة فيصح العقد و يبطل الاستثناء و يدخل الام والولد جميعا فى العقد لان الشرط الفاسد وهو الاستثناء فيها اذا لم يصح التحق بالعدم فصار كأنه لم يستثن وكذا العتق بان أعتق جارية واستثنى ما فى بطنها انه يصح العتق ولا يصح الاستثناء حتى يعتق الام والولد جميعا لما قلنا (وأما) القسم الثالث فالوصية بان أوصى لرجل بجارية واستثنى ما فى بطنها لانه لما جعل الجارية وصية له واستثنى ما فى بطنها فقد أبقى ما فى بطنها ميراثا لورثته والميراث يجرى فيما فى البطن وهذا بخلاف ما اذا أوصى بجارية لرجل واستثنى خدمتها وغلتها لورثته انه تصح الوصية و يبطل الاستثناء لان الغلة والخدمة لا يجرى فيهما الميراث بانفرادهما بدون الاصل ألا ترى انه لو أوصى بخدمتها وغلتها لانسان ومات الموصى ثم مات الموصى له بعد القبول لا تصير الغلة والخدمة ميراثا لورثة الموصى له بل تعود الى ورثة الموصى و بمثله لو أوصى بما فى بطن جاريته لانسان والمسئلة بحالها فان الولد يصير ميراثا لورثة الموصى له وما افترقا الا لما ذكرنا والله عز وجل أعلم وان كانت القرينة منفعة بان قال دارى لك سكنى أو عمرى سكنى أو صدقة سكنى أو هبة سكنى أو سكنى هبة أو هى لك عمرى عارية ودفعها اليه فهذا كله عارية لانه لما ذكر السكنى فى قوله دارى لك سكنى أو عمرى سكنى أو صدقة سكنى دل على انه أراد تمليك المنافع لان قوله هذا لك ظاهره وان كان لتمليك العين لكنه يحتمل تمليك المنفعة لان الاضافة الى المستعير والمستأجر منفعة عرفا وشرعا وقوله سكنى موضوع للمنفعة لا تستعمل الا لها فكان محكما فجعل تفسيرا للمحتمل و بيانا انه أراد به تمليك المنفعة وتمليك المنفعة بغير عوض هو تفسير العارية وكذا قوله سكنى بعد ذكر الهبة يكون تفسيرا للهبة لان قوله هبة يحتمل هبة العين و يحتمل هبة المنافع فاذا قال سكنى فقد عين هبة المنافع فكان بيانا لمراد المتكلم انه أراد هبة المنافع وهبة المنفعة تمليكها من غير عوض وهو معنى العارية واذا قال سكنى هبة فمعناها أن سكنى الدار هبة لك فكان هبة المنفعة وهو تفسير العارية ولو قال هى لك عمرى تسكنها أو هبة تسكنها أو صدقة تسكنها ودفعها اليه فهو هبة لانه ما فسر الهبة بالسكنى لانه لم يجعله نعتا فيكون بيانا للمحتمل بل وهب الدار منه ثم شاوره فيما يعمل بملكه والمشورة فى ملك الغير باطلة فتعلقت الهبة بالعين وقوله تسكنها بمنزلة قوله لتسكنها كما اذا قال وهبتها لك لتؤاجرها ولو قال هى لك تسكنها كانت هبة أيضا لان الاضافة بحرف اللام الى من هو أهل الملك للتمليك وقوله تسكنها مشورة على ما بينا

﴿فصل﴾ وأما الشرائط فأنواع بعضها يرجع الى نفس الركن و بعضها يرجع الى الواهب و بعضها يرجع الى الموهوب و بعضها يرجع الى الموهوب له (أما) الاول فهو أن لا يكون معلقا بماله خطر الوجود والعدم من دخول زيد وقدوم خالد والرقبى ونحو ذلك ولا مضافا الى وقت بأن يقول وهبت هذا الشئ منك غدا أو رأس شهر كذا لان الهبة تمليك العين للحال وانه لا يحتمل التعليق بالخطر والاضافة الى الوقت كالبيع (وأما) ما يرجع الى الواهب فهو ان يكون ممن يملك التبرع لان الهبة تبرع فلا يملكها من لا يملك التبرع فلا تجوز هبة الصبى والمجنون لانهما لا يملكان التبرع لكونه ضررا محضا لا يقابله نفع دنيوى فلا يملكها الصبى والمجنون كالطلاق والعتاق وكذا الاب لا يملك هبة مال الصغير من غير شرط العوض بلا خلاف لان المتبرع بمال الصغير قربان ماله لا على وجه الاحسن ولانه لا يقابله نفع دنيوى وقد قال الله تعالى عز شأنه ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتى هى أحسن ولانه اذا لم يقابله عوض دنيوى كان التبرع ضررا محضا وترك المرحمة فى حق الصغير فلا يدخل تحت ولاية الولى لقوله عليه الصلاة والسلام لا ضرر ولا اضرار فى الاسلام وقوله عليه الصلاة والسلام من لا يرحم صغيرنا فليس منا ولهذا لم يملك طلاق امرأته واعتاق عبده وسائر التصرفات الضارة المحضة وان شرط الاب العوض لا يجوز عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يجوز وعلى هذا هبة المكاتب والمأذون انه لا يجوز عندهما سواء كان بعوض أو بغير عوض وعنده يجوز بشرط العوض والاصل عندهما أن كل من لا يملك التبرع لا يملك الهبة لا بعوض ولا بغير عوض والاصل عنده أن كل من يملك البيع يملك الهبة بعوض (وجه) قول محمد أن الهبة تمليك فاذا شرط فيها العوض كانت تمليكا بعوض وهذا

تفسير البيع وانما اختلفت العبارة ولا عبرة باختلافها بعد اتفاق المعنى كلفظ البيع مع لفظة التمليك (ولهما) أن الهبة بشرط العوض تقع تبرعا ابتداء ثم تصير بيعا فى الانتهاء بدليل انها تفيد الملك قبل القبض ولو وقعت بيعا من حين وجودها لما توقف الملك فيه على القبض لان البيع يفيد الملك بنفسه دل انها وقعت تبرعا ابتداء وهؤلاء لا يملكون التبرع فلم تصح الهبة حين وجودها فلا يتصور أن تصير بيعا بعد ذلك (وأما) ما يرجع الى الموهوب فأنواع (منها) أن يكون موجودا وقت الهبة فلا تجوز هبة ما ليس بموجود وقت العقد بان وهب ما يثمر نخله العام وما تلد أغنامه السنة ونحو ذلك بخلاف الوصية والفرق أن الهبة تمليك للحال وتمليك المعدوم محال والوصية تمليك مضاف الى ما بعد الموت والاضافة لا تمنع جوازها وكذلك لو وهب ما فى بطن هذه الجارية أو ما فى بطن هذه الشاة أو ما فى ضرعها لا يجوز وان سلطه على القبض عند الولادة والحلب لانه لا وجه لتصحيحه للحال لاحتمال الوجود والعدم لان انتفاخ البطن قد يكون للحمل وقد يكون لداء فى البطن وغيره وكذا انتفاخ الضرع قد يكون باللبن وقد يكون بغيره فكان له خطر الوجود والعدم ولا سبيل لتصحيحه بالاضافة الى ما بعد زمان الحدوث لان التمليك بالهبة مما لا يحتمل الاضافة الى الوقت فبطل ولهذا لا يجوز بيعه بخلاف ما اذا وهب الدين من غير من عليه الدين وسلطه على القبض انه يصح استحسانا لانه أمكن تصحيحه للحال لكون الموهوب موجودا مملوكا للحال مقدور القبض بطريقه على ما سنذكره ان شاء الله تعالى وكذلك لو وهب زبدا فى لبن أو دهنا فى سمسم أو دقيقا فى حنطة لا يجوز وان سلطه على قبضه عند حدوثه لانه معدوم للحال فلم يوجد محل حكم العقد للحال فلم ينعقد ولا سبيل الى الاضافة الى وقت الحدوث فبطل أصلا بخلاف ما اذا وهب صوفا على ظهر الغنم وجزه وسلمه انه يجوز لان الموهوب موجود مملوك للحال الا أنه لم ينفذ للحال لمانع وهو كون الموهوب مشغولا بما ليس بموهوب فاذا جزه فقد زال المانع لزوال الشغل فينفذ عند وجود القبض كما لو وهب شقصا مشاعا ثم قسمه وسلمه (ومنها) أن يكون مالا متقوما فلا تجوز هبة ما ليس بمال أصلا كالحر والميتة والدم وصيد الحرم والاحرام والخنزير وغير ذلك على ما ذكرنا فى البيوع ولا هبة ما ليس بمال مطلق كأم الولد والمدبر المطلق والمكاتب لكونهم أحرارا من وجه ولهذا لم يجز بيع هؤلاء ولا هبة ما ليس بمتقوم كالخمر ولهذا لم يجز بيعها (ومنها) أن يكون مملوكا فى نفسه فلا تجوز هبة المباحات لان الهبة تمليك وتمليك ما ليس بمملوك محال (ومنها) أن يكون مملوكا للواهب فلا تجوز هبة مال الغير بغير اذنه لاستحالة تمليك ما ليس بمملوك وان شئت رددت هذا الشرط الى الواهب وكل ذلك صحيح لان المالك والمملوك من الاسماء الاضافية والعلقة التى تدور عليها الاضافة هى الملك فيجوز رد هذا الشرط الى الموهوب ويجوز رده الى الواهب فى صناعة الترتيب فافهم وسواء كان المملوك عينا أو دينا فتجوز هبة الدين لمن عليه الدين قياسا واستحسانا (وأما) هبة الدين لغير من عليه الدين فجائز أيضا اذا أذن له بالقبض وقبضه استحسانا والقياس ان لا يجوز وان أذن له بالقبض (وجه) القياس ان القبض شرط جواز الهبة وما فى الذمة لا يحتمل القبض بخلاف ما اذا وهب لمن عليه لان الدين فى ذمته وذمته فى قبضه فكان الدين فى قبضه بواسطة قبض الذمة (وجه) الاستحسان ان ما فى الذمة مقدور التسليم والقبض ألا ترى ان المديون يجبر على تسليمه الا أن قبضه بقبض العين فاذا قبض العين قام قبضها مقام قبض عين ما فى الذمة الا أنه لا بد من الاذن بالقبض صريحا ولا يكتفى فيه بالقبض بحضرة الواهب بخلاف هبة العين لما نذكره فى موضعه (ومنها) أن يكون محوزا فلا تجوز هبة المشاع فيما يقسم وتجوز فيما لا يقسم كالعبد والحمام والدن ونحوها وهذا عندنا وعند الشافعى رحمه الله ليس بشرط وتجوز هبة المشاع فيما يقسم وفيما لا يقسم عنده واحتج بظاهر قوله عز وجل فنصف ما فرضتم الا أن يعفون أوجب سبحانه وتعالى نصف المفروض فى الطلاق قبل الدخول الا أن يوجد الحط من الزوجات عن النصف من غير فصل بين العين والدين والمشاع والمقسوم فيدل على جواز هبة المشاع فى الجملة وبما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه لما شدد فى الغلول فى الغنيمة فى بعض الغزوات فقام عليه الصلاة والسلام الى سنام بعير وأخذ منه

وبرة ثم قال أما انى لايحل لى من غنيمتكم ولو بمثل هذه الوبرة الا الخمس والخمس مردود فيكم ردوا الخيط والمخيط فان الغلول عار وشنار على صاحبه الى يوم القيامة فجاء اعرابى بكبة من شعر فقال أخذتها لاصلح بها بردعة بعيرى يارسول الله فقال أما نصيبى فهولك وسأسلمك الباقى وهذا هبة المشاع فيما يقسم وروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نزل على أبى أيوب الانصارى رضى الله عنه فنظر الى موضع المسجد فوجده بين أسعد بن زرارة و بين رجلين من قومه فاستباع أسعد نصيبهما ليهب الكل من رسول الله صلى الله عليه وسلم فأبيا ذلك فوهب أسعد نصيبه من النبى عليه الصلاة والسلام فوهبا أيضا نصيبهما من رسول الله صلى الله عليه وسلم فقد قبل النبى عليه الصلاة والسلام الهبة فى نصيب أسعد وقبل فى نصيب الرجلين أيضاً ولو لم يكن جائزاً لما قبل لان أدنى حال فعل النبى عليه الصلاة والسلام الجواز ولان الشياع لا يمنع حكم هذا التصرف ولا شرطه لان حكم الهبة الملك والشياع لا يمنع الملك ألا ترى انه يجوز بيع المشاع وكذا هبة المشاع فيما لا يقسم وشرطه هو القبض والشيوع لا يمنع القبض لانه يحصل قابضاً للنصف المشاع بتخلية الكل ولهذا جازت هبة المشاع فيما لا يقسم وان كان القبض فيها شرطاً لثبوت الملك كذا هذا (ولنا) اجماع الصحابة رضى الله عنهم فانه روى ان سيدنا أبا بكر رضى الله عنه قال فى مرض موته لسيدتنا عائشة رضى الله عنها ان احب الناس الى غنى أنت وأعزهم على فقراً أنت وانى كنت نحلتك جداد عشرين وسقا من مالى بالعالية وانك لم تكونى قبضتيه ولا جذيتيه وانما هو اليوم مال الوارث اعتبر سيدنا الصديق رضى الله عنه القبض والقيمة فى الهبة لثبوت الملك لان الحيازة فى اللغة جمع الشىء المفرق فى حيز وهذا معنى القسمة لان الانصباء الشائعة قبل القسمة كانت متفرقة والقسمة تجمع كل نصيب فى حيز وروى عن سيدنا عمر رضى الله عنه قال مابال أحدكم ينحل ولده نحلا لا يحوزها ولا يقسمها و يقول ان مت فهو له وان مات رجعت الى وايم الله لا ينحل أحدكم ولده نحلى لا يحوزها ولا يقسمها فيموت الا جعلتها ميراثا لورثته والمراد من الحيازة القبض هنا لانه ذكرها بمقابلة القسمة حتى لا يؤدى الى التكرار أخرج الهبة من أن تكون موجبة للملك بدون القبض والقسمة وروى عن سيدنا على رضى الله عنه أنه قال من وهب ثلث كذا أو ربع كذا لا يجوز ما لم يقاسم وكل ذلك بمحضر من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم ينقل انه انكر عليهم منكر فيكون اجماعا ولان القبض شرط جواز هذا العقد والشيوع يمنع من القبض لان معنى القبض هو التمكن من التصرف فى المقبوض والتصرف فى النصف الشائع وحده لا يتصور فان سكنى نصف الدار شائعاً ولبس نصف الثوب شائعاً محال ولا تمكن من التصرف فيه بالتصرف فى الكل لان العقد لم يتناول الكل وهكذا نقول فى المشاع الذى لا يقسم ان معنى القبض هناك لم يوجد لما قلنا الا ان هناك ضرورة لانه يحتاج الى هبة بعضه ولا حكم للهبة بدون القبض والشياع مانع من القبض الممكن للتصرف ولا سبيل الى ازالة المانع بالقسمة لعدم احتمال القسمة فمست الضرورة الى الجواز واقامة صورة التخلية مقام القبض الممكن من التصرف ولا ضرورة هنا لان المحل محتمل للقسمة فيمكن ازالة المانع من القبض الممكن بالقسمة أو نقول الصحابة رضى الله عنهم شرطوا القبض المطلق والمطلق ينصرف الى الكامل وقبض المشاع قبض قاصر لوجوده من حيث الصورة دون المعنى على ما بينا الا انه اكتفى بالصورة فى المشاع الذى لا يحتمل القسمة للضرورة التى ذكرنا ولا ضرورة هنا فلزم اعتبار الكمال فى القبض ولا يوجد فى المشاع ولان الهبة عقد تبرع فلو صحت فى مشاع يحتمل القسمة لصار عقد ضمان لان الموهوب له يملك مطالبة الواهب بالقسمة فيلزمه ضمان القسمة فيؤدى الى تغيير المشروع ولهذا توقف الملك فى الهبة على القبض لما أنه لو ملكه بنفس العقد لثبتت له ولاية المطالبة بالتسليم فيؤدى الى ايجاب الضمان فى عقد التبرع وفيه تغيير المشروع كذا هذا بخلاف مشاع لا يحتمل القسمة لان هناك لا يتصور ايجاب الضمان على المتبرع لان الضمان ضمان القسمة والمحل لا يحتمل القسمة فهو الفرق (وأما) الآية فلا حجة له فيها لان المراد من المفروض الدين لا العين ألا ترى أنه قال الا أن يعفون والعفو اسقاط واسقاط الاعيان لا يعقل وكذا الغالب فى المهر أن يكون

ديناً وهبة الدين ممن عليه الدين جائز لانه اسقاط الدين عنه وانه جائز فى المشاع (وأما) حديث الكبة فيحتمل ان النبى عليه الصلاة والسلام وهب نصيبه منه واستوهب البقية من أصحاب الحقوق فوهبوا وسلموا الكل جملة وفى الحديث مايدل عليه فانه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم وسأسلمك الباقى وما كان هو عليه الصلاة والسلام ليخلف فى وعده وهبة المشاع على هذا السبيل جائزة عندنا على ان ذلك كان هبة مشاع لا ينقسم من حيث المعنى لان كبة واحدة لو قسمت على الجم الغفير لا يصيب كلا منهم الا نزر حقير لا ينتفع به فكان فى معنى مشاع لا ينقسم (وأما) حديث أسعد بن زرارة فحكاية حال يحتمل أنه وهب نصيبه وشريكاه وهبا نصيبهما منه وسلموا الكل جملة وهذا جائز عندنا ويحتمل ان الانصباء كانت مقسومة مفرزة ويجوز أن يقال فى مثل هذا بينهم اذا كانت الجملة متصلة بعضها ببعض كقرية بين جماعة انها تضاف اليهم وان كانت أنصباؤهم مقسومة واحتمل بخلافه فلا يكون حجة مع الاحتمال لان حكاية الحال لا عموم له ولو قسم ما وهب وأفرزه ثم سلمه الى الموهوب له جاز لان هبة المشاع عندنا منعقد موقوف نفاذه على القسمة والقبض بعد القسمة هو الصحيح اذ الشيوع لا يمنع ركن العقد ولا حكمه وهو الملك ولا سائر الشرائط الا القبض الممكن من التصرف فاذا قسم وقبض فقد زال المانع من النفاذ فينفذ وحديث الصديق رضى الله عنه لا يدل عليه فانه قال لسيدتنا عائشة رضى الله عنها انى كنت نحلتك جداد عشرين وسقاً من مالى وكان ذلك هبة المشاع فيما ينقسم لان النحل من الفاظ الهبة ولو لم ينعقد لما فعله الصديق رضى الله عنه لانه ما كان ليعقد عقداً باطلا فدل قول الصديق رضى الله عنه على انعقاد العقد فى نفسه وتوقف حكمه على القسمة والقبض وهو عين مذهبنا والله عز وجل أعلم وكذلك لو وهب نصف دار من رجل ولم يسلم اليه ثم وهب منه النصف الآخر وسلم اليه جملة جاز لما قلنا ولو وهب منه نصف الدار وسلم اليه بتخلية الكل ثم وهب منه النصف الآخر وسلم لم تجز الهبة لان كل واحد منهما هبة المشاع وهبة المشاع فيما يقسم لا تنفذ الا بالقسمة والتسليم ويستوى فيه الجواب فى هبة المشاع بين أن يكون من أجنبى أو من شريكه كل ذلك يجوز لقول جماعة من الصحابة رضى الله عنهم لا تجوز الهبة الا مقبوضة محوزة من غير فصل ولان المانع هو الشياع عند القبض وقد وجد وعلى هذا الخلاف صدقة المشاع فيما ينقسم أنه لا يجوز عندنا خلافاً للشافعى رحمه الله (وجه) قوله ان الشياع لا يمنع حكم التصرف وهو الملك ولا شرطه وهو القبض ولا يمنع جوازه كالمفروض (ولنا) ان القبض شرط جواز الصدقة ومعنى القبض لا يتحقق فى الشائع أولا يتكامل فيه لما بينا فى الهبة ولان التصدق تبرع كالهبة وتصحيحه فى المشاع يصيرها عقد ضمان فيتغير المشروع على ما بينا فى الهبة ولو وهب شيأً ينقسم من رجلين كالدار والدراهم والدنانير ونحوها وقبضاه لم يجز عند أبى حنيفة وجاز عند أبى يوسف ومحمد وأجمعوا على أنه لو وهب رجلان من واحد شيأً ينقسم وقبضه أنه يجوز فابو حنيفة يعتبر الشيوع عند القبض وهما يعتبرانه عند العقد والقبض جميعاً فلم يجز أبو حنيفة هبة الواحد من اثنين لوجود الشياع وقت القبض وهما جوزاها لانه لم يوجد الشياع فى الحالين بل وجد أحدهما دون الآخر وجوزوا هبة الاثنين من واحد (أما) أبو حنيفة رحمه الله فلعدم الشيوع فى وقت القبض (وأما) هما فلانعدامه فى الحالين لانه وجد عند العقد ولم يوجد عند القبض ومدار الخلاف بينهم على حرف وهو ان هبة الدار من رجلين تمليك كل الدار جملة أو تمليك من أحدهما النصف من الآخر فعند أبى حنيفة تمليك النصف من أحدهما والنصف من الآخر فيكون هبة المشاع فيما ينقسم كانه أفرد تمليك كل نصف من كل واحد منهما بعقد على حدة وعندهما هى تمليك الكل منهما لا تمليك النصف من هذا والنصف من ذلك فلا يكون تمليك الشائع فيجوز (وجه) قولهما ان العمل بموجب الصيغة هو الاصل وذلك فيما قلنا لان قوله وهبت هذه الدار كلها هبة كل الدار جملة منهما لا هبة النصف من أحدهما والنصف من الآخر لان ذلك توزيع وتفريق واللفظ لا يدل عليه ولا يجوز العدول عن موجب اللفظ لغة الا لضرورة الصحة وفى العدول عن ظاهر الصيغة ههنا فساد العقد بسبب الشيوع فوجب العمل بظاهر الصيغة وهو تمليك الكل منهما وموجب التمليك

منهما ثبوت الملك لهما في الكل وانما يثبت الملك لكل واحد منهما في النصف عند الانقسام ضرورة المزاحمة واستوائهما في الاستحقاق اذ ليس كل واحد منهما أولى من الآخر لدخول كل واحد منهما في العقد على السواء كالاخوين في الميراث عند الاستواء في الدرجة ان الميراث يكون بينهما نصفين وان كان سبب الاستحقاق في حق كل واحد منهما على الكمال حتى لو انفرد أحدهما يستحق كل المال واذا جاءت المزاحمة مع المساواة في الاستحقاق يثبت عند انقسام الميراث في النصف وكذا الشفيعان يثبت لكل واحد منهما أخذ نصف الدار بالشفعة لضرورة المزاحمة والاستواء في الاستحقاق وان كان السبب في حق كل واحد منهما صالحا لاثبات حق الشفعة في الكل حتى لو سلم أحدهما يكون الكل للآخر وعلى هذا مسائل فلم يكن الانقسام على التناصف موجب الصيغة بل لتضايق المحل لهذا اجاز الرهن من رجلين فكان ذلك رهناً من كل واحد منهما على الكمال اذ لو كان رهن النصف من هذا والنصف من ذلك لما جاز لانه يكون رهن المشاع لهذا لو قضى الراهن دين أحدهما كان للآخر حبس الكل دل ان ذلك رهن الكل من كل واحد منهما كذا هذا (وجه) قول أبي حنيفة رحمه الله ان هذا تمليك مضاف الى الشائع فلا يجوز كما اذا ملك نصف الدار من أحدهما والنصف من الآخر بعقد على حدة والدليل على ان هذا تمليك مضاف الى الشائع ان قوله وهبت هذه الدار منكما اما أن يكون تمليك كل الدار من كل واحد منهما واما أن يكون تمليك النصف من أحدهما والنصف من الآخر لا سبيل الى الاول لان الدار الواحدة يستحيل أن تكون مملوكة لكل واحد منهما على الكمال والمحال لا يكون موجب العقد فتعين الثاني وهو أن يكون تمليك النصف من أحدهما والنصف من الآخر لهذا لم يملك كل واحد منهما التصرف في كل الدار بل في نصفها ولو كان كل الدار مملوكا لكل واحد منهما لملك وكذا كل واحد منهما يملك مطالبة صاحبه بالتهايئ أو بالقسمة وهذا آية ثبوت الملك له في النصف واذا كان هذا تمليك الدار لهما على التناصف كان تمليكا مضافا الى الشائع كانه أفرد لكل واحد منهما العقد في النصف والشيوع يؤثر في القبض الممكن من التصرف على ما مر وقد خرج الجواب عن قولهما ان موجب الصيغة ثبوت الملك في كل الدار لكل واحد منهما على الكمال لما ذكرنا ان هذا محال والمحال لا يكون موجب العقد ولا العاقد بعقده يقصد أمر محالا أيضاً فكان موجب العقد التمليك منهما على التناصف لان هذا تمليك الدار منهما فكان عملا بموجب الصيغة من غير احالة فكان أولى بخلاف الرهن فان الدار الواحدة تصلح مرهونة عند كل واحد منهما لان الرهن هو الحبس واجتماعهما على الحبس متصور بأن يحبساه معاً أو يضعاه جميعاً على يدي عدل فتكون الدار محبوسة كلها عند كل واحد منهما وهذا مما لا يمكن تحقيقه في الملك فهو الفرق وعند أبي حنيفة رحمه الله اذا وهب من رجلين فقسم ذلك وسلم الى كل واحد منهما جاز لان المانع هو الشيوع عند القبض وقد زال هذا اذا وهب من رجلين شيأ مما يقسم فان كان مما لا يقسم جاز بالاجماع لما ذكرنا فيما تقدم ثم على أصلهما اذا قال لرجلين وهبت لكما هذه الدار لهذا نصفها ولهذا نصفها جاز لان قوله لهذا نصفها ولهذا نصفها خرج تفسيرا للحكم الثابت بالعقد اذ لا يمكن جعله تفسيرا لنفس العقد لان العقد وقع تمليك الدار جملة منهما على ما بينا فجعل تفسيرا للحكم فلا يوجب ذلك اشاعة في العقد ولو قال وهبت لك نصفها ولهذا نصفها لم يجز لان الشيوع دخل على نفس العقد فمنع الجواز ولو قال وهبت لكما هذه الدار ثلثها لهذا او ثلثاها لهذا لم يجز عند أبي يوسف وجاز عند محمد (وجه) قول محمد ان العقد متى جاز لاثنين يستوي فيه التساوي والتفاضل كعقد البيع (وجه) قول أبي يوسف ان الجواز عند التساوي بطريق التفسير للحكم الثابت بالعقد وذلك لا يوجب شيوعا في العقد ولما فضل أحد النصيبين عن الآخر تعذر جعله تفسيراً لان مطلق العقد لا يحتمل التفاضل فكان تفضيل أحد النصيبين في معنى افراد العقد لكل واحد منهما فكان هبة المشاع والشيوع يؤثر في الهبة ولا يؤثر في البيع ولو رهن من رجلين لاحدهما ثلثه وللآخر ثلثاه أو نصفه لهذا او نصفه لذلك على التفاضل والتناصف لا يجوز بالاجماع بخلاف ما اذا أبهم بان قال وهبت منكما أنه يجوز ولو وهب من فقيرين شيأ ينقسم فالهبة من فقيرين بمنزلة التصدق عليهما لان

الهبة من الفقير صدقة لانه يبتغى بها وجه الله تعالى وسنذكر حكمها ان شاء الله تعالى وعلى هذا يخرج هبة الشجر دون الثمر والثمر دون الشجر والارض دون الزرع والزرع دون الارض انها غير جائزة لان الموهوب متصل بما ليس بموهوب اتصال جزء بجزء فكان كهبة المشاع ولو فصل وسلم جاز كما فى هبة المشاع ولو تصدق بعشرة دراهم على رجلين فان كانا غنيين لم يجز عند أبى حنيفة ويجوز عندهما لان التصدق على الغنى مبتة فى الحقيقة والهبة من اثنين لا تجوز وعندهما جائزة وان كانا فقيرين فعندهما تجوز كما تجوز فى الهبة من رجلين وعن أبى حنيفة رحمه الله فيه روايتان فى كتاب الهبة لا يجوز وفى الجامع الصغير يجوز (وجه) رواية كتاب الهبة ان الشياع كما يمنع جواز الهبة يمنع جواز الصدقة على ماذكرنا فيما تقدم وههنا يتحقق الشيوع فى القبض (وجه) رواية الجامع وهى الصحيحة ان معنى الشيوع فى القبض لا يتحقق فى الصدقة على فقيرين لان المتصدق يتقرب بالصدقة الى الله عز وجل ثم الفقير يقبض من الله تعالى قال الله تبارك وتعالى ألم يعلموا أن الله هو يقبل التوبة عن عباده ويأخذ الصدقات وقال عليه الصلاة والسلام الصدقة تقع فى يد الرحمن قبل أن تقع فى يد الفقير والله تعالى واحد لا شريك له فلا يتحقق معنى الشيوع كما لو تصدق على فقير واحد ثم وكل بقبضها وكيلين بخلاف التصدق على غنيين لان الصدقة على الغنى يبتغى بها وجه الغنى فكانت هدية لا صدقة قال عليه الصلاة والسلام الصدقة يبتغى بها وجه الله تعالى والدار الآخرة والهدية يبتغى بها وجه الرسول وقضاء الحاجة والهدية هبة فيتحقق معنى الشيوع فى القبض وأنه مانع من الجواز عنده (ومنها) القبض وهو أن يكون الموهوب مقبوضاً وان شئت رددت هذا الشرط الى الموهوب له لان القابض والمقبوض من الاسماء الاضافية والعلقة التى تدور عليها الاضافة من الجانبين هى القبض فيصح رده الى كل واحد منهما فى صناعة الترتيب فتأمل والكلام فى هذا الشرط فى موضعين فى بيان أصل القبض انه شرط أم لا وفى بيان شرائط صحة القبض (أما) الاول فقد اختلف فيه قال عامة العلماء شرط والموهوب قبل القبض على ملك الواهب يتصرف فيه كيف شاء وقال مالك رحمه الله ليس بشرط ويملكه الموهوب له من غير قبض (وجه) قوله ان هذا عقد تبرع بتمليك العين فيفيد الملك قبل القبض كالوصية (ولنا) اجماع الصحابة رضى الله عنهم وهو ما روينا ان سيدنا أبا بكر وسيدنا عمر رضى الله عنهما اعتبرا القسمة والقبض لجواز النحلى بحضرة الصحابة ولم ينقل أنه أنكر عليهما منكر فيكون اجماعا وروى عن سيدنا أبى بكر وسيدنا عمر وسيدنا عثمان وسيدنا على وابن عباس رضى الله تعالى عنهم انهم قالوا لا تجوز الهبة الا مقبوضة محوزة ولم يرد عن غيرهم خلافه ولانها عقد تبرع فلو صحت بدون القبض لثبت للموهوب له ولاية مطالبة الواهب بالتسليم فتصير عقد ضمان وهذا تغيير المشروع بخلاف الوصية لانه ليس فى ايجاب الملك فيها قبل القبض تغييرها عن موضعها اذ لا مطالبة قبل المتبرع وهو الموصى لانه ميت وكذلك القبض شرط جواز الصدقة لا تملك قبل القبض عند عامة العلماء وقال ابن أبى ليلى وغيره من اهل الكوفة ليس بشرط وتجوز الصدقة اذا أعلمت وان لم تقبض ولا تجوز الهبة ولا النحلى الا مقبوضة واحتجوا بما روى عن سيدنا عمر وسيدنا على رضى الله عنهما قالا اذا أعلمت الصدقة جازت من غير شرط القبض (ولنا) ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال خبراً عن الله سبحانه وتعالى يا ابن آدم تقول مالى مالى وليس لك من مالك الا ما أكلت فافنيت اولبست فابليت أو تصدقت فابقيت اعتبر الله سبحانه وتعالى الامضاء فى الصدقة والامضاء هو التسليم دل أنه شرط وروى عن سيدنا أبى بكر وسيدنا عمر وابن عباس ومعاذ بن جبل رضى الله عنهم انهم قالوا لا تتم الصدقة الا بالقبض ولان التصدق عقد تبرع فلا يفيد الحكم بنفسه كالهبة وما روى عن سيدنا عمر وسيدنا على رضى الله عنهما محمول على صدقة الاب على ابنه الصغير وبه نقول لا حاجة هناك الى القبض حملناه على هذا توفيقاً بين الدلائل صيانة لها عن التناقض (والثانى) شرائط صحة القبض فانواع (منها) أن يكون القبض باذن المالك لان الاذن بالقبض شرط لصحة القبض فى باب البيع حتى لو قبض المشترى من غير اذن البائع قبل نقد الثمن كان للبائع حق الاسترداد

فلأن يكون فى الهبة أولى لان البيع يصح بدون القبض والهبة لاصحة لها بدون القبض فلما كان الاذن بالقبض شرطا لصحته فيما لا يتوقف صحته على القبض فلأن يكون شرطا فيما يتوقف صحته على القبض أولى ولان القبض فى باب الهبة يشبه الركن وان لم يكن ركنا على الحقيقة فيشبه القبول فى باب البيع ولا يجوز القبول من غير اذن البائع ورضاه فلا يجوز القبض من غير اذن الواهب أيضا والاذن نوعان صريح ودلالة أما الصريح فنحو أن يقول اقبض أو أذنت لك بالقبض أو رضيت وما يجرى هذا المجرى فيجوز قبضه سواء قبضه بحضرة الواهب أو بغير حضرته استحسانا والقياس أن لا يجوز قبضه بعد الافتراق عن المجلس وهو قول زفر رحمه الله لان القبض عنده ركن بمنزلة القبول على أحد قوليه فلا يصح بعد الافتراق عن المجلس كما لا يصح القبول عنده بعد الافتراق وان كان باذن الواهب كالقبول فى باب البيع (وجه) الاستحسان ماروى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم حمل اليه ست بدنات فجعلن يزدلفن اليه فقام عليه الصلاة والسلام فنحرهن بيده الشريفة وقال من شاء فليقطع وانصرف فقد أذن لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم بالقبض بعد الافتراق حيث أذن لهم بالقطع فدل على جواز القبض واعتباره بعد الافتراق ولان الاذن بقبض الواهب صريحا بمنزلة اذن البائع بقبض المبيع وذلك يعمل بعد الافتراق كذا هذا (وأما) الدلالة فهى ان يقبض الموهوب له العين فى المجلس ولا ينهاه الواهب فيجوز قبضه استحسانا والقياس أن لا يجوز كما لا يجوز بعد الافتراق وهو قول زفر وقد ذكرنا القياس والاستحسان فى الزيادات ولو قبض المشترى المبيع بيعا جائزا بحضرة البائع قبل نقد الثمن لم يجز قبضه قياسا واستحسانا حتى كان له أن يسترد وفى البيع الفاسد اختلاف روايتى الكرخى والطحاوى رحمهما الله ذكرناهما فى البيوع (وجه) القياس ان القبض ركن فى الهبة كالقبول فيها فلا يجوز من غير اذن كالقبول من باب البيع (وجه) الاستحسان ان الاذن بالقبض وجد من طريق الدلالة لان الاقدام على ايجاب الهبة اذن بالقبض لانه دليل قصد التمليك ولا ثبوت للملك الا بالقبض فكان الاقدام على الايجاب اذنا بالقبض دلالة والثابت دلالة كالثابت نصا بخلاف ما بعد الافتراق لان الاقدام دلالة الاذن بالقبض فى المجلس لا بعد الافتراق ولان للقبض فى باب الهبة شبها بالركن فيشبه القبول فى باب البيع وايجاب البيع يكون اذنا بالقبول فى المجلس لا بعد الافتراق فكذا ايجاب الهبة يكون اذنا بالقبض لا بعد الافتراق ولو وهب شيأ متصلا بغيره مما لا تقع عليه الهبة كالثمر المعلق على الشجر دون الشجر أو الشجر دون الارض أو حلية السيف دون السيف أو القفيز من الصبرة أو الصوف على ظهر الغنم وغير ذلك مما لا جواز للهبة فيه الا بالفصل والقبض ففصل وقبض فان قبض بغير اذن الواهب لم يجز القبض سواء كان الفصل والقبض بحضرة الواهب أو بغير حضرته ولان الجواز فى المنفصل عند حضرة الواهب للاذن الثابت دلالة الايجاب ولم يوجد ههنا لان الايجاب لم يقع صحيحا حين وجوده فلا يصح الاستدلال على الاذن بالقبض وان قبض باذنه يجوز استحسانا والقياس أن لا يجوز وهو قول زفر بناء على أن العقد اذا وقع فاسدا من حين وجوده لا يحتمل الجواز عنده بحال لاستحالة انقلاب الفاسد جائزا وعندنا يحتمل الجواز باسقاط المفسد مقصورا على الحال أو من حين وجود العقد بطريق البيان على اختلاف الطريقين اللذين ذكرناهما فى كتاب البيع وكذلك اذا وهب دينا له على انسان لآخر انه ان قبض الموهوب له باذن الواهب صريحا جاز قبضه استحسانا والقياس أن لا يجوز وقد ذكرنا وجه القياس والاستحسان فيما تقدم وان قبضه بحضرته ولم ينهه عن ذلك لا يجوز قياسا واستحسانا فرق بين العين والدين (ووجه) الفرق ان الجواز فى هبة العين عند عدم التصريح بالاذن لكون الايجاب فيها دلالة الاذن بالقبض لكون دلالة قصده تمليك ما هو ملكه من الموهوب له وايجاب الهبة فى الدين لغير من عليه الدين لا تصح دلالة الاذن بقبضه لان دلالته بواسطة دلالة قصد التمليك وتمليك الدين من غير من عليه الدين لا يتحقق الا بالتصريح بالاذن بالقبض لانه اذا أذن له بالقبض صريحا أقام قبضه مقام قبض الواهب فيصير بقبض العين قابضا للواهب أولا ويصير المقبوض ملكا له أولا ثم يصير قابضا لنفسه من الواهب فيصير الواهب على هذا التقدير الذى

ذكرنا واهبا املاك نفسه والموهوب له قابضا ملك الواهب فصحت الهبة والقبض واذا لم يصرح بالاذن بالقبض بقى المقبوض من المال العين على ملك من عليه فلم تصح الهبة فيه فلا يجوز قبض الموهوب له فهو الفرق بين الفصلين ومنها أن لا يكون الموهوب مشغولا بما ليس بموهوب لان معنى القبض وهو التمكن من التصرف فى المقبوض لا يتحقق مع الشغل وعلى هذا يخرج ما اذا وهب دارا فيها متاع الواهب وسلم الدار اليه أو سلم الدار مع ما فيها من المتاع فانه لا يجوز لان الفراغ شرط صحة التسليم والقبض ولم يوجد قيل الحيلة فى صحة التسليم ان يودع الواهب المتاع عند الموهوب له أولا ويخلى بينه و بين المتاع ثم يسلم الدار اليه فتجوز الهبة فيها لانها مشغولة بمتاع هو فى يد الموهوب له وفى هذه الحيلة اشكال وهو أن يد المودع يد المودع معنى فكانت يده قائمة على المتاع فتمنع صحة التسليم ولو أخرج المتاع من الدار ثم سلم فارغا جاز وينظر الى حال القبض لا الى حال العقد لان المانع من النفاذ قد زال فينفذ كما فى هبة المشاع ولو وهب ما فيها من المتاع دون الدار وخلى بينه و بين المتاع جازت الهبة لان المتاع لا يكون مشغولا بالدار والدار تكون مشغولة بالمتاع لهذا افترقا فيصح تسليم المتاع ولا يصح تسليم الدار ولو جمع فى الهبة بين المتاع و بين الدار الذى فيها فوهبهما جميعا صفقة واحدة وخلى بينه و بينهما جازت الهبة فيهما جميعا لان التسليم قد صح فيهما جميعا فان فرق بينهما فى الهبة بأن وهب أحدهما ثم وهب الآخر فهذا لا يخلو اما ان جمع بينهما فى التسليم واما ان فرق فان جمع جازت الهبة فيهما جميعا وان فرق بأن وهب أحدهما وسلم ثم وهب الآخر وسلم نظر فى ذلك وروعى فيه الترتيب ان قدم هبة الدار فالهبة فى الدار لم تجز لانها مشغولة بالمتاع فلم يصح تسليم الدار وجازت فى المتاع لانه غير مشغول بالدار فيصح تسليمه ولو قدم هبة المتاع جازت الهبة فيهما جميعا أما فى المتاع فلانه غير مشغول بالدار فيصح تسليمه واما فى الدار فلانها وقت التسليم كانت مشغولة بمتاع هو ملك الموهوب فلا يمنع صحة القبض وعلى هذا الاصل أيضا يخرج ما اذا وهب جارية واستثنى ما فى بطنها أو حيوانا واستثنى ما فى بطنه أنه لا يجوز لانه لو جاز لكان ذلك هبة ما هو مشغول بغيره وانها غير جائزة لانه لا جواز لها بدون القبض وكون الموهوب مشغولا بغيره يمنع صحة القبض ولو أعتق ما فى بطن جاريته ثم وهب الام يجوز وذكر فى العتاق أنه لو دبر ما فى بطن جاريته لا يجوز منهم من قال فى المسألة روايتان (وجه) رواية عدم الجواز ان الموهوب مشغول بما ليس بموهوب فأشبه هبة دار فيها متاع الواهب (وجه) رواية الجواز وهى رواية الكرخى ان حرية الجنين تجعله مستثنى من العقد لان حكم العقد لم يثبت فيه مع تناوله اياه ظاهرا وهذا معنى الاستثناء ولو استثناه لفظا جازت الهبة فى الام فكذا اذا كان مستثنى فى المعنى ومنهم من قال فى المسألة رواية واحدة وفرق بين الاعتاق والتدبير (ووجه) الفرق ان المدبر مال المولى فاذا وهب الام فقد وهب ما هو مشغول بمال الواهب فلم يجز كهبة دار فيها متاع الواهب وأما الحر فليس بمال فصار كما لو وهب دارا فيها حر جالس وذا لا يمنع جواز الهبة كذا هذا ومنها أن لا يكون الموهوب متصلا بما ليس بموهوب اتصال الاجزاء لان قبض الموهوب وحده لا يتصور وغيره ليس بموهوب فكان هذا فى معنى المشاع وعلى هذا يخرج ما اذا وهب أرضا فيها زرع دون الزرع أو شجرا عليها ثمر دون الثمر أو وهب الزرع دون الارض أو الثمر دون الشجر وخلى بينه و بين الموهوب له أنه لا يجوز لان الموهوب متصل بما ليس بموهوب اتصال جزء بجزء فمنع صحة القبض ولو جذ الثمر وحصد الزرع ثم سلمه فارغا جاز لان المانع من النفاذ وهو ثبوت الملك قد زال ولو جمع بينهما فى الهبة فوهبهما جميعا وسلم متفرقا جاز ولو فرق بينهما فى الهبة فوهب كل واحد منهما بعقد على حدة بأن وهب الارض ثم الزرع أو الزرع ثم الارض فان جمع بينهما فى التسليم جازت الهبة فيهما جميعا وان فرق لا تجوز الهبة فيهما جميعا قدم أو آخر سواء بخلاف الفصل الاول لان المانع من صحة القبض هنا الاتصال وانه لا يختلف والمانع هناك الشغل وانه يختلف نظير هذا ما اذا وهب نصف الدار مشاعا من رجل ولم يسلم اليه حتى وهب النصف الباقى منه وسلم الكل انه يجوز ولو وهب النصف وسلم ثم وهب الباقى وسلم لا يجوز كذا هذا وعلى هذا يخرج ما اذا وهب صوفا على ظهر غنم انه لا يجوز لان الموهوب متصل بما ليس بموهوب وهذا يمنع صحة

القبض ولو جزه وسلمه جاز زوال المانع والله عز وجل أعلم وعلى هذا اذا وهب دابة وعليها حمل بدون الحمل لا تجوز ولو رفع الحمل عنها وسلمها فارغا جاز لما قلنا بخلاف هبة ما فى بطن جاريته أو ما فى بطن غنمه أو ما فى ضرعها أو هبة سمن فى لبن أو دهن فى سمسم أو زيت فى زيتون أو دقيق فى حنطة أنه يبطل وان سلطه على قبضه عند الولاد أو عند استخراج ذلك لان الموهوب هناك ليس محل العقد لكونه معدوما ولهذا لم يجز بيعها فلا تجوز هبتها وهنا بخلافه على ما تقدم ومنها أهلية القبض وهى العقل فلا يجوز قبض المجنون والصبى الذى لا يعقل وأما البلوغ فليس بشرط لصحة القبض استحسانا فيجوز قبض الصبى العاقل ما وهب له والقياس أن يكون شرطا ولا يجوز قبض الصبى وان كان عاقلا (وجه) القياس ان القبض من باب الولاية ولا ولاية له على نفسه فلا يجوز قبضه فى الهبة كما لا يجوز فى البيع (وجه) الاستحسان ان قبض الهبة من التصرفات النافعة المحضة فيملكه الصبى العاقل كما يملك وليه ومن هو فى عياله وكذا الصبية اذا عقلت جاز قبضها لما قلنا وكذلك الحرية ليست بشرط فيجوز قبض العبد المحجور عليه اذا وهب له هبة ولا يجوز قبض المولى عنه سواء كان على العبد دين أو لا فالقبض الى العبد والملك للمولى فى المقبوض لان القبض من حقوق العقد والعقد وقع للعبد فكان القبض اليه ولان الاصل فى بنى آدم الحرية والرق لعارض فكان الاصل فيهم اطلاق التصرف لهم والانحجار لعارض الرق عن التصرف يتضمن الضرر بالمولى ولم يوجد فبقى فيه على أصل الحرية والمقبوض كسب العبد وكسب العبد القن للمولى وكذلك المكاتب اذا وهب له هبة فالقبض اليه ولا يجوز قبض المولى عنه لما قلنا فى القن فاذا قبض المكاتب فهو أحق به فلا يملكه المولى لان الهبة كسبه والمكاتب أحق باكتسابه ومنها الولاية فى أحد نوعى القبض وجملة الكلام فيه أن القبض نوعان قبض بطريق الاصالة وقبض بطريق النيابة (أما) القبض بطريق الاصالة فهو ان يقبض بنفسه لنفسه وشرط جوازه العقل فقط على ما بينا (وأما) القبض بطريق النيابة فالنيابة فى القبض نوعان نوع يرجع الى القابض ونوع يرجع الى نفس القبض أما الاول الذى يرجع الى القابض فهو القبض للصبى وشرط جوازه الولاية بالحجر والعيلة عند عدم الولاية فيقبض للصبى وليه أو من كان الصبى فى حجره وعياله عند عدم الولى فيقبض له أبوه ثم وصى أبيه بعده ثم جده أبو أبيه بعد أبيه ووصيه ثم وصى جده بعده سواء كان الصبى فى عيال هؤلاء أو لم يكن فيجوز قبضهم على هذا الترتيب حال حضرتهم لان لهؤلاء ولاية عليهم فيجوز قبضهم له واذا غاب أحدهم غيبة منقطعة جاز قبض الذى يتلوه فى الولاية لان التأخير الى قدوم الغائب تفويت المنفعة على الصغير فتنتقل الولاية الى من يتلوه وان كان دونه كما فى ولاية الانكاح ولا يجوز قبض غير هؤلاء الاربعة مع وجود واحد منهم سواء كان الصبى فى عيال القابض أو لم يكن وسواء كان ذا رحم محرم منه كالاخ والعم والام ونحوهم أو أجنبيا لانه ليس لغير هؤلاء ولاية التصرف فى مال الصبى فقيام ولاية التصرف لهم تمنع ثبوت حق القبض لغيرهم فان لم يكن أحد من هؤلاء الاربعة جاز قبض من كان الصبى فى حجره وعياله استحسانا والقياس ان لا يجوز لعدم الولاية ولا يجوز قبض من لم يكن فى عياله أجنبيا كان أو ذا رحم محرم منه قياسا واستحسانا وانما كان كذلك لان الذى فى عياله له عليه ضرب ولاية ألا ترى انه يؤدبه ويسلمه فى الصنائع التى للصبى فيها منفعة وللصبى فى قبض الهبة منفعة محضة فقيام هذا القدر من الولاية يكفى لتصرف فيه منفعة محضة للصبى (وأما) من ليس فى عياله فلا ولاية له عليه أصلا فلا يجوز قبضه له كالاجنبى والقبض للصبية اذا عقلت ولها زوج قد دخل بها زوجها أيضا استحسانا لانها فى عياله لكن هذا اذا لم يكن أحد من هؤلاء فأما عند وجود واحد منهم فلا يجوز قبض الزوج كذا ذكره الحاكم الجليل فى مختصره (وأما) الثانى الذى يرجع الى نفس القبض فهو ان القبض الموجود فى الهبة ينوب عن قبض الهبة سواء كان الموجود وقت العقد مثل قبض الهبة أو أقوى منه لانه اذا كان مثله أمكن تحقيق التناوب إذ المتماثلان غيران ينوب كل واحد منهما مناب صاحبه ويسد مسده فتثبت المناوبة بمقتضى المماثلة واذا كان أقوى منه يوجد فيه المستحق وزيادة وبيان هذا فى مسائل اذا كان الموهوب فى يد الموهوب له وديعة أو عارية

فوهب منه جازت الهبة وصار قابضاً بنفس العقد ووقع العقد والقبض معاً ولا يحتاج الى تجديد القبض بعد العقد استحساناً والقياس أن لا يصير قابضاً مالم يجدد القبض وهو ان يخلى بين نفسه و بين الموهوب بعد العقد (وجه) القياس ان يد المودع ان كانت يده صورة فهى يد المودع معنى فكان المال فى يده فصار كانه وهب له مافى يده فلا بد من القبض بالتخلية (وجه) الاستحسان ان القبضين متماثلان لان كل واحد منهما قبض غير مضمون إذ الهبة عقد تبرع وكذا عقد الوديعة والعارية فتماثل القبضان فيتناوبان ضرورة بخلاف بيع الوديعة والعارية من المودع والمستعير لان قبضهما لا ينوب عن قبض البيع لانه قبض أمانة وقبض البيع قبض ضمان فلم يتماثل القبضان بل الموجود أدنى من المستحق فلم يتناوبا ولو كان الموهوب فى يده مغصوباً أو مقبوضاً ببيع فاسد أو مقبوضاً على سوم الشراء فكذا ينوب ذلك عن قبض الهبة لوجود المستحق بالعقد وهو أصل القبض و زيادة ضمان ولو كان الموهوب مرهوناً فى يده ذكر فى الجامع انه يصير قابضاً و ينوب قبض الرهن عن قبض الهبة لان قبض الهبة قبض أمانة وقبض الرهن فى حق العين قبض أمانة أيضاً فيتماثلان فناب أحدهما عن الآخر ولئن كان قبض الرهن قبض ضمان فقبض الضمان أقوى من قبض الامانة والاقوى ينوب عن الادنى لوجود الادنى فيه وزيادة واذا صحت الهبة بالقبض بطل الرهن و يرجع المرتهن بدينه على الراهن وذكر الكرخى انه لا يصير قابضاً حتى يجدد القبض بعد عقد الهبة لان قبض الرهن وان كان قبض ضمان لكن هذا ضمان لا تصح البراءة منه فلا يحتمل الابراء بالهبة ليصير قبض أمانة فيتجانس القبضان فيبقى قبض ضمان فاختلف القبضان فلا يتناوبان بخلاف المغصوب والمقبوض على سوم الشراء لان ذلك الضمان مما تصح البراءة عنه فيبرأ عنه بالهبة و يبقى قبض بغير ضمان فتماثل القبضان فيتناوبان ولو كان مبيعاً قبل القبض فوهب من البائع جاز ولكن لا يكون هبة بل يكون اقالة حتى لا تصح بدون قبول البائع ولو باعه من البائع قبل القبض لا يجعل اقالة بل يبطل أصلاً و رأساً والفرق بينهما ماذكرنا فى كتاب البيوع ولو نحل ابنه الصغير شيأ جاز و يصير قابضاً له مع العقد كما اذا باع ماله منه حتى لو هلك عقيب البيع يهلك من مال الابن لصيرورته قابضاً للصغير مع العقد و ينبغى للرجل أن يعدل بين أولاده فى النحلى لقوله سبحانه وتعالى ان الله يأمر بالعدل والاحسان (واما) كيفية العدل بينهم فقد قال أبو يوسف العدل فى ذلك أن يسوى بينهم فى العطية ولا يفضل الذكر على الانثى وقال محمد العدل بينهم أن يعطيهم على سبيل الترتيب فى المواريث للذكر مثل حظ الانثيين كذا ذكر القاضى الاختلاف بينهما فى شرح مختصر الطحاوى وذكر محمد فى الموطأ ينبغى للرجل أن يسوى بين ولده فى النحلى ولا يفضل بعضهم على بعض وظاهر هذا يقتضى أن يكون قوله مع قول أبى يوسف وهو الصحيح لما روى أن بشيراً أبا النعمان أتى بالنعمان الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال انى نحلت ابنى هذا غلاماً كان لى فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم كل ولدك نحلته مثل هذا فقال لا فقال النبي عليه الصلاة والسلام فارجعه وهذا اشارة الى العدل بين الاولاد فى النحلة وهو التسوية بينهم ولان فى التسوية تأليف القلوب والتفضيل يورث الوحشة بينهم فكانت التسوية أولى ولو نحل بعضاً وحرم بعضاً جاز من طريق الحكم لانه تصرف فى خالص ملكه لا حق لاحد فيه الا انه لا يكون عدلاً سواء كان المحروم فقيهاً تقياً أو جاهلاً فاسقاً على قول المتقدمين من مشايخنا وأما على قول المتأخرين منهم لا بأس ان يعطى المتأدبين والمتفقهين دون الفسقة الفجرة

﴿ فصل ﴾ وأما حكم الهبة فالكلام فيه فى ثلاث مواضع فى بيان أصل الحكم وفى بيان صفته وفى بيان ما يرفع الحكم أما أصل الحكم فهو ثبوت الملك للموهوب له فى الموهوب من غير عوض لان الهبة تمليك العين من غير عوض فكان حكمها ملك الموهوب من غير عوض وأما صفته فقد اختلف فيها قال أصحابنا هى ثبوت ملك غير لازم فى الاصل وللواهب ان يرجع فى هبته وانما يثبت اللزوم و يمتنع الرجوع باسباب عارضه وقال الشافعى رحمه الله الثابت بالهبة ملك لازم فى الاصل ولا يثبت الرجوع الا فى هبة الولد خاصة وهى هبة الوالد لولده فنقول يقع

الكلام فى هذا الفصل فى مواضع فى بيان ثبوت حق الرجوع فى الهبة وفى بيان شرائط صحة الرجوع بعد ثبوت الحق وفى بيان العوارض المانعة من الرجوع وفى بيان ماهية الرجوع وحكمه شرعا أما ثبوت حق الرجوع فحق الرجوع فى الهبة ثابت عندنا خلافا للشافعى رحمه الله احتج بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا يحل لواهب ان يرجع فى هبته الا فيما يهب الوالد لولده وهذا نص فى مسئلة هبة الاجنبى والوالد وروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال العائد فى هبته كالعائد فى قيئه والعود فى القئ حرام كذا فى الهبة ولان الاصل فى العقود هو اللزوم والامتناع بعارض خلل فى المقصود ولم يوجد لان المقصود من الهبة اكتساب الصيت باظهار الجود والسخاء لا طلب العوض فمن طلب منهما العوض فقد طلب من العقد ما لم يوضع له فلا يعتبر طلبه أصلا (ولنا) الكتاب والسنة واجماع الصحابة رضى الله عنهم أما الكتاب العزيز فقوله تعالى واذا حييتم بتحية فحيوا بأحسن منها أو ردوها والتحية وان كانت تستعمل فى معان من السلام والثناء والهدية بالمال (قال القائل) * تحيتهم بيض الولاء بينهم * لكن الثالث تفسير مراد بقرينة من نفس الآية الكريمة وهى قوله تعالى أو ردوها لان الرد انما يتحقق فى الاعيان لا فى الاعراض لانه عبارة عن اعادة الشئ وذا لا يتصور فى الاعراض والمشترك يتعين أحد وجوهه بالدليل وأما السنة فما روى عن أبى هريرة رضى الله عنه انه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الواهب أحق بهبته ما لم يثب منها أى يعوض جعل عليه الصلاة والسلام الواهب أحق بهبته ما لم يصل اليه العوض وهذا نص فى الباب وأما إجماع الصحابة فانه روى عن سيدنا عمر وسيدنا عثمان وسيدنا على وعبد الله بن سيدنا عمر وأبى الدرداء وفضالة بن عبيد وغيرهم رضى الله عنهم انهم قالوا مثل مذهبنا ولم يرد عن غيرهم خلافه فيكون إجماعا ولان العوض المالى قد يكون مقصوداً من هبة الاجانب فان الانسان قد يهب من الاجنبى احسانا اليه وانعاما عليه وقد يهب له طمعاً فى المكافأة والمجازاة عرفا وعادة فالموهوب له مندوب الى ذلك شرعا قال الله تبارك وتعالى هل جزاء الاحسان الا الاحسان وقال عليه الصلاة والسلام من اصطنع اليكم معروفا فكافؤه فان لم تجدوا ما تكافؤنه فادعوا له حتى يعلم انكم قد كافأتموه وقال عليه الصلاة والسلام تهادوا تحابوا والتهادى تفاعل من الهدية فيقتضى الفعل من اثنين وقد لا يحصل هذا المقصود من الاجنبى وفوات المقصود من عقد محتمل للفسخ يمنع لزومه كالبيع لانه يعدم الرضا والرضا فى هذا الباب كما هو شرط الصحة فهو شرط اللزوم كما فى البيع اذا وجد المشترى بالمبيع عيبا لم يلزمه العقد لعدم الرضا عند عدم حصول المقصود وهو السلامة كذا هذا وأما الحديث الاول فله تأويلان احدهما انه محمول على الرجوع بغير قضاء ولا رضا وذلك لا يجوز عندنا الا فيما وهب الوالد لولده فانه يحل له أخذه من غير رضا الولد ولا قضاء القاضى اذا احتاج اليه للانفاق على نفسه الثانى انه محمول على نفى الحل من حيث المروءة والخلق لا من حيث الحكم لان نفى الحل يحتمل ذلك قال الله تعالى عز وجل فى رسولنا عليه الصلاة والسلام لا يحل لك النساء من بعد ولا أن تبدل بهن من أزواج قيل فى بعض التأويلات لا يحل لك من حيث المروءة والخلق ان تتزوج عليهن بعد ما اخترن اياك والدار الآخرة على الدنيا وما فيها من الزينة لا من حيث الحكم اذ كان يحل له التزوج بغيرهن وهذا تأويل الحديث والآخر أن المراد منه التشبيه من حيث ظاهر القبح مروءة وطبيعة لا شريعة الا ترى انه قال عليه الصلاة والسلام فى رواية أخرى العائد فى هبته كالكلب يقئ ثم يعود فى قيئه وفعل الكلب لا يوصف بالحرمة الشرعية لكنه يوصف بالقبح الطبيعى كذا هذا وقوله فيما يهبه الوالد لولده محمول على أخذ مال ابنه عند الحاجة اليه لكنه سماه رجوعا لتصوره بصورة الرجوع مجازاً وان لم يكن رجوعا حقيقة على ما نذكره فى تلك المسئلة ان شاء الله تعالى وأما شرائط الرجوع بعد ثبوت الحق حتى لا يصح بدون القضاء والرضا لان الرجوع فسخ العقد بعد تمامه وفسخ العقد بعد تمامه يصح بدون القضاء والرضا كالرد بالعيب فى البيع بعد القبض وأما العوارض المانعة من الرجوع فانواع منها هلاك الموهوب لانه لا سبيل الى الرجوع فى الهالك ولا سبيل الى الرجوع فى قيمته لانها ليست

بموهوبة

بموهوبة لانعدام ورود العقد عليها ومنها خروج الموهوب من ملك الواهب بأى سبب كان من البيع والهبة والموت ونحوها لان الملك يختلف بهذه الاشياء أما بالبيع والهبة ونحوهما فظاهر وكذا بالموت لان الثابت للوارث غير ما كان ثابتاً للمورث حقيقة لان الملك عرض يتجدد فى كل زمان الا انه مع تجدده حقيقة جعل متجددا تقديراً فى حق المحل حتى يرد الوارث بالعيب ويرد عليه فيجب العمل بالحقيقة فى حق المالك فاختلف الملكان واختلاف الملكين بمنزلة اختلاف العينين ثم لو وهب عيناً لم يكن له ان يرجع فى عين أخرى فكذا اذا أوجبه ملكا لم يكن له ان يفسخ ملكا آخر بخلاف ما اذا وهب لعبد رجل هبة فقبضها العبد ان للواهب ان يرجع فيها لان الملك هناك لم يختلف لان الهبة انعقدت موجبة للملك للمولى ابتداء فلم يختلف الملك وكذا المكاتب اذا وهب له هبة وقبضها فللواهب ان يرجع لما قلنا وكذلك ان أعتق المكاتب لان الملك الذى أوجبه بالهبة قد استقر بالعتق فكانه وهب له بعد العتق فان عجز المكاتب ورد فى الرق فللواهب ان يرجع عند أبى يوسف وعند محمد ليس له ان يرجع وهذا بناء على ان المكاتب اذا عجز عن أداء بدل الكتابة فالمولى يملك اكسابه بحكم الملك الاول أو يملكها ملكا مبتدأ فعند أبو يوسف يملكها بحكم الملك الاول فلم يختلف الملك فكان له ان يرجع وعند محمد يملكها ملكا مبتدأ فاختلف الملك فمنع الرجوع (وجه) قول محمد ان ملك الكسب للمولى قد بطل بالكتابة لان المكاتب صار أحق باكسابه بالكتابة فبطل ملك المولى بالكسب والباطل لا يحتمل العود فكان هذا ملكا مبتدأ فيمنع الرجوع كملك الوارث (وجه) قول أبى يوسف ان سبب ثبوت ملك الكسب هو ملك الرقبة وملك الرقبة قائم بعد الكتابة الا انه امتنع ظهور ملك الكسب للمولى لضرورة التوصل الى المقصود من الكتابة فى جانب المكاتب وهو شرف الحرية باداء بدل الكتابة فاذا عجز زالت الضرورة وظهر ملك الكسب تبعاً لملك الرقبة فلم يكن هذا ملكا مبتدأ ومنها موت الواهب لان الوارث لم يوجب الملك للموهوب له فكيف يرجع فى ملك لم يوجبه ومنها الزيادة فى الموهوب زيادة متصلة فنقول جملة الكلام فى زيادة الهبة انها لا تخلو إما ان كانت متصلة بالاصل و إما ان كانت منفصلة عنه فان كانت متصلة بالاصل فانها تمنع الرجوع سواء كانت الزيادة بفعل الموهوب له أولا بفعله وسواء كانت متولدة أو غير متولدة نحو ما اذا كان الموهوب جارية هزيلة فسمنت أو داراً فبنى فيها أو أرضاً فغرس فيها غرساً أو نصب دولاباً أو غير ذلك مما يستقى به وهو مثبت فى الارض مبنى عليها على وجه يدخل فى بيع الارض من غير تسمية قليلا كان أو كثيراً أو كان الموهوب ثوباً فصبغه بعصفر أو زعفران أو قطعه قميصاً وخاطه أو جبة وحشاه أو قباء لانه لا سبيل الى الرجوع فى الاصل مع الزيادة لان الزيادة ليست بموهوبة اذ لم يرد عليها العقد فلا يجوز ان يرد عليها الفسخ ولا سبيل الى الرجوع فى الاصل بدون الزيادة لانه غير ممكن فامتنع الرجوع أصلا وان صبغ الثوب بصبغ لا يزيد فيه أو ينقصه فله ان يرجع لان المانع من الرجوع هو الزيادة فاذا لم يزده الصبغ فى القيمة التحقت الزيادة بالعدم وان كانت الزيادة منفصلة فانها لا تمنع الرجوع سواء كانت متولدة من الاصل كالولد واللبن والثمر أو غير متولدة كالارش والعقر والكسب والغلة لان هذه الزوائد لم يرد عليها العقد فلا يرد عليها الفسخ وانما ورد على الاصل و يمكن فسخ العقد فى الاصل دون الزيادة بخلاف المتصلة وبخلاف ولد المبيع انه يمنع الرد بالعيب لان المانع هناك هو الربا لانه يبقى الولد بعد رد الام بكل الثمن مبيعاً مقصوداً لا يقابله عوض وهذا تفسير الربا ومعنى الربا لا يتصور فى الهبة لان جريان الربا يختص بالمعاوضات فجاز ان يبقى الولد موهوباً مقصوداً بلا عوض بخلاف المبيع وكذا الزيادة فى سعر لا تمنع الرجوع لانه لا تعلق لها بالموهوب وانما هى رغبة يحدثها الله تعالى فى القلوب فلا تمنع الرجوع ولهذا لم تعتبر هذه الزيادة فى أصول الشرع فلا تغير ضمان الرهن ولا الغصب ولا تمنع الرد بالعيب وأما نقصان الموهوب فلا يمنع الرجوع لان ذلك رجوع فى بعض الموهوب وله ان يرجع فى بعض الموهوب مع بقائه بكماله فكذا اذا نقص ولا يضمن الموهوب له النقصان لان قبض الهبة ليس بقبض مضمون ومنها العوض لما روينا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال الواهب أحق بهبته

مالم يثب منها أى مالم يعوض ولان التعويض دليل على ان مقصود الواهب هو الوصول الى العوض فاذا وصل فقد حصل مقصوده فيمنع الرجوع وسواء قل العوض أو كثر لما روينا من الحديث من غير فصل فنقول العوض نوعان متأخر عن العقد ومشروط فى العقد أما العوض المتأخر عن العقد فالكلام فيه يقع فى موضعين أحدهما فى بيان شرط جواز هذا التعويض وصيرورة الثانى عوضاً والثانى فى بيان ماهية هذا التعويض أما الاول فله شرائط ثلاثة الاول مقابلة العوض بالهبة وهو ان يكون التعويض بلفظ يدل على المقابلة نحو ان يقول هذا عوض من هبتك أو بدل عن هبتك أو مكان هبتك أو نحلتك هذا عن هبتك أو تصدقت بهذا بدلا عن هبتك أو كافأتك أو جازيتك أو أثبتك وما يجرى هذا المجرى لان العوض اسم لما يقابل المعوض فلابد من لفظ يدل على المقابلة حتى لو وهب لانسان شيأ وقبضه الموهوب له ثم ان الموهوب له أيضاً وهب شيأ للواهب ولم يقل هذا عوض من هبتك ونحو ذلك مما ذكرنا لم يكن عوضاً بل كان هبة مبتدأة ولكل واحد منهما حق الرجوع لانه لم يجعل الباقى مقابلا بالاول لانعدام ما يدل على المقابلة فكانت هبة مبتدأة فيثبت فيها الرجوع والثانى أن لا يكون العوض فى العقد مملوكا بذلك العقد حتى لو عوض الموهوب له الواهب بالموهوب لا يصح ولا يكون عوضاً وان عوضه ببعض الموهوب عن باقيه فان كان الموهوب على حاله التى وقع عليها العقد لم يكن عوضاً لان التعويض ببعض الموهوب لا يكون مقصود الواهب عادة اذ لو كان ذلك مقصوده لامسكه ولم يهبه فلم يحصل مقصوده بتعويض بعض ما دخل تحت العقد فلا يبطل حق الرجوع وان كان الموهوب قد تغير عن حاله تغيراً يمنع الرجوع فان بعض الموهوب يكون عوضا عن الباقى لانه بالتغير صار بمنزلة عين أخرى فصلح عوضاً هذا اذا وهب شيأ واحداً أو شيئين فى عقد واحد فاما اذا وهب شيئين فى عقدين فعوض أحدهما عن الآخر فقد اختلف فيه قال أبو حنيفة عليه الرحمة يكون عوضا وقال أبو يوسف لا يكون عوضاً (وجه) قول أبى يوسف ان حق الرجوع ثابت فى غير ما عوض لانه موهوب وحق الرجوع فى الهبة ثابت شرعا فاذا عوض يقع عن الحق المستحق شرعا فلا يقع موقع العوض بخلاف ما اذا تغير الموهوب فجعل بعضه عوضاً عن الباقى انه يجوز وكان مكانا عوضاً لان حق الرجوع قد بطل بالتغير فجاز أن يقع موقع العوض (وجه) قولهما انهما ملكا بعقدين متباينين فجاز أن يجعل أحدهما عوضاً عن الآخر وهذا لانه يجوز أن يكون مقصود الواهب من هبته الثانية عود الهبة الاولى لان الانسان قد يهب شيأ ثم يبدو له الرجوع فصار الموهوب باحد العقدين بمنزلة عين أخرى بخلاف ما اذا عوض بعض الموهوب عن الباقى وهو على حاله التى وقع عليها العقد لان بعض الموهوب لا يكون مقصود الواهب فان الانسان لا يهب شيأ ليسلم له بعضه عوضا عن باقيه وقوله حق الرجوع ثابت شرعا نعم لكن الرجوع فى الهبة ليس بواجب فلا يمتنع وقوعه عن جهة أخرى كما لو باعه منه ولو وهب له شيأ وتصدق عليه بشئ فعوضه الصدقة من الهبة كانت عوضاً بالاجماع على اختلاف الاصلين (اما) على أصل أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله فلا يشكل لانهما لو ملكا بعقدين متفقين لجاز أن يكون أحدهما عوضاً عن الآخر فعند اختلاف العقدين أولى (واما) على أصل أبى يوسف رحمه الله فلان الصدقة لا يثبت فيها حق الرجوع فوقعت موقع العوض والثالث سلامة العوض للواهب فان لم يسلم بان استحق من يده لم يكن عوضاً وله أن يرجع فى الهبة لان بالاستحقاق تبين ان التعويض لم يصح فكانه لم يعوض أصلا فله أن يرجع ان كان الموهوب قائما بعينه لم يهلك ولم يزدد خيراً ولم يحدث فيه ما يمنع الرجوع فان كان قد هلك أو استهلكه الموهوب له لم يضمنه كما لو هلك أو استهلكه قبل التعويض وكذا اذا ازداد خيراً لم يضمن كما قبل التعويض وان استحق بعض العوض وبقى البعض فالباقى عوض عن كل الموهوب وان شاء رد ما بقى من العوض ويرجع فى كل الموهوب ان كان قائما فى يده ولم يحدث فيه ما يمنع الرجوع وهذا قول أصحابنا الثلاثة وقال زفر يرجع فى الهبة بقدر المستحق من العوض (وجه) قوله ان معنى المعاوضة ثابت من الجانبين جميعاً فكما ان الثانى عوض عن الاول فالاول يصير عوضاً عن الثانى ثم لو استحق بعض الهبة الاولى كان للموهوب له أن

يرجع فى بعض العوض فكذا اذا استحق بعض العوض كان للواهب أن يرجع فى بعض الهبة تحقيقاً للمعاوضة (ولنا) ان الباقى يصلح عوضاً عن كل الهبة ألا ترى انه لو لم يعوضه الا به فى الابتداء كان عوضاً مانعاً عن الرجوع فكذا فى الانتهاء بل أولى لان البقاء أسهل الا ان للواهب أن يرده و يرجع فى الهبة لان الموهوب له غره حيث عوضه لاسقاط الرجوع بشئ لم يسلم له فيثبت له الخيار (وأما) سلامة المعوض وهو الموهوب للموهوب له فشرطه لزوم التعويض حتى لو استحق الموهوب كان له أن يرجع فيما عوض لانه انما عوض ليسقط حق الرجوع فى الهبة فاذا استحق الموهوب تبين ان حق الرجوع لم يكن ثابتاً فصار كمن صالح عن دين ثم تبين انه لا دين عليه وكذلك لو استحق نصف الموهوب فللموهوب له أن يرجع فى نصف العوض ان كان الموهوب مما يحتمل القسمة لانه انما جعل عوضاً عن حق الرجوع فى جميع الهبة فاذا لم يسلم له بعضه يرجع فى العوض بقدره سواء زاد العوض أو نقص فى السعر أو زاد فى البدن أو نقص فى البدن كان له أن يأخذ نصفه و نصف النقصان كذا روى عن محمد فى الاملاء وانما لم تمنع الزيادة عن الرجوع فى العوض لانه تبين له انه قبضه بغير حق فصار كالمقبوض بعقد فاسد فيثبت الفسخ فى الزوائد وان قال الموهوب له اردما بقى من الهبة وأرجع فى العوض كله لم يكن له ذلك لان العوض لم يكن مشروطاً فى العقد بل هو متأخر عنه والعوض المتأخر ليس بعوض عن العين حقيقة بل هو لاسقاط الرجوع وقد حصل له سقوط الرجوع فيما بقى من الهبة فلم يكن له أن يرجع فى العوض فان كان العوض مستهلكاً ضمن قابض العوض بقدر ما وجب الرجوع للموهوب له فيه من العوض وان استحق كل الهبة والعوض مستهلك يضمن كل قيمة العوض كذا ذكر فى الاصل من غير خلاف وهو احدى روايتى بشر عن أبى يوسف عن أبى حنيفة رحمهم الله وروى بشر رواية أخرى عن أبى يوسف عن أبى حنيفة انه لا يضمن شيأ وهو قول أبى يوسف (وجه) رواية الاصل ان القبض فى العوض ما وقع مجانا وانما وقع مبطلا حق الرجوع فى الاول فان لم يسلم المقصود منه بقى القبض مضمونا فكما يرجع بعينه لو كان قائما يرجع بقيمته اذا هلك (وجه) الرواية الاخرى ان العوض المتأخر عن العقد فى حكم الهبة المبتدأة حتى يشترط فيه شرائط الهبة من القبض والحيازة والموهوب غير مضمون بالهلاك هذا اذا كان الموهوب أو العوض شيأ لا يحتمل القسمة فاستحق بعضه (فاما) اذا كان مما يحتمل القسمة فاستحق بعض أحدهما بطل العوض ان كان هو المستحق وكذا تبطل الهبة ان كانت هى المستحقة فاذا بطل العوض رجع فى الهبة واذا بطلت الهبة يرجع فى العوض لان بالاستحقاق تبين ان الهبة أو التعويض وقع فى مشاع يحتمل القسمة وذلك باطل الثانى بيان ماهيته فالتعويض المتأخر عن الهبة هبة مبتدأة بلا خلاف من أصحابنا يصح بما تصح به الهبة و يبطل بما تبطل به الهبة لا يخالفها الا فى اسقاط الرجوع على معنى انه يثبت حق الرجوع فى الاولى ولا يثبت فى الثانية (فاما) فيما وراء ذلك فهو فى حكم هبة مبتدأة لانه تبرع بتمليك العين للحال وهذا معنى الهبة الا انه تبرع به ليسقط حق الرجوع عن نفسه فى الهبة الاولى فكانت هبة مبتدأة مسقطة لحق الرجوع فى الهبة الاولى ولو وجد الموهوب له بالموهوب عيبا فاحشا لم يكن له أن يرده و يرجع فى العوض وكذلك الواهب اذا وجد بالعوض عيبا لم يكن له أن يرد العوض و يرجع فى الهبة لان الرد بالعيب من خواص المعاوضات والعوض اذا لم يكن مشروطاً فى العقد لم يكن عوضا على الحقيقة بل كان هبة مبتدأة ولا يظهر معنى العوض فيه الا فى اسقاط الرجوع خاصة فاذا قبض الواهب العوض فليس لكل واحد منهما أن يرجع على صاحبه فيما ملكه (اما) الواهب فلانه قد سلم له العوض عن الهبة وانه يمنع الرجوع (وأما) الموهوب له فلانه قد سلم له ما هو فى معنى العوض فى حقه وهو سقوط حق الرجوع فيمنعه من الرجوع لقوله عليه الصلاة والسلام الواهب احق بهبته ما لم يثب منها وسواء عوضه الموهوب له أو أجنبى بأمر الموهوب له أو بغير أمره لم يكن للواهب أن يرجع فى هبته ولا للمعوض أن يرجع فى العوض على الواهب ولا على الموهوب له (أما) الواهب فانما لم يرجع فى هبته لان الاجنبى انما عوض بأمر الموهوب له قام تعويضه مقام تعويضه بنفسه ولو عوض بنفسه

لم يرجع فكذا اذا عوض الاجنبي بأمره وان عوض بغير أمره فقد تبرع باسقاط الحق عنه والتبرع باسقاط الحق عن الغير جائز كما لو تبرع بمخالعة امرأة من زوجها (واما) المعوض فانه لا يرجع على الواهب لان مقصوده من التعويض سلامة الموهوب للموهوب له واسقاط حق التبرع وقد سلم له ذلك وانما لم يرجع على الموهوب له (اما) اذا كان بغير أمره فلانه تبرع باسقاط الحق عنه فلا يملك أن يجعل ذلك مضمونا عليه (وأما) اذا عوض بأمره لا يرجع عليه أيضا الا اذا قال له عوض عنى على انى ضامن لانه اذا أمره بالتعويض ولم يضمن له فقد أمره بما ليس بواجب عليه بل هو متبرع به فلم يوجب ذلك الضمان على الآمر الا بشرط الضمان وعلى هذا قالوا فيمن قال لغيره أطعم عن كفارة يمينى أو أدز كاتى ففعل لا يرجع بذلك على الآمر الا ان يقول له على انى ضامن لانه أمره بما ليس بمضمون عليه بخلاف ما اذا أمره غيره بقضاء الدين فقضاه انه يرجع على الآمر وان لم يقل على انى ضامن نصا لان قضاء الدين مضمون على الآمر فاذا أمره به فقد ضمن له ولو عوض الموهوب له الواهب عن نصف الهبة كان عوضا عن نصفها وكان للواهب أن يرجع فى النصف الآخر ولا يرجع فيما عوض عنه لان حق الرجوع فى الهبة مما يتجزأ ألا ترى انه لو رجع فى نصف الهبة ابتداء دون النصف جاز فجاز أن يثبت حق الرجوع فى النصف بدون النصف بخلاف العفو عن القصاص والطلاق لان ذلك مما لا يتجزأ فكان اسقاط الحق عن البعض اسقاطا عن الكل (وأما) العوض المشروط فى العقد فان قال وهبت لك هذا الشئ على أن تعوضنى هذا الثوب فقد اختلف فى ماهية هذا العقد قال أصحابنا الثلاثة رضى الله عنهم ان عقده عقد هبة وجوازه جواز بيع ور بما عبر وا انه هبة ابتداء بيع انتهاء حتى لا يجوز فى المشاع الذى ينقسم ولا يثبت الملك فى كل واحد منهما قبل القبض ولكل واحد منهما أن يرجع فى سلعته ما لم يتقابضا وكذا اذا قبض أحدهما ولم يقبض الآخر فلكل واحد منهما أن يرجع القابض وغير القابض فيه سواء حتى يتقابضا جميعا ولو تقابضا كان ذلك بمنزلة البيع يرد كل واحد منهما بالعيب وعدم الرؤية ويرجع فى الاستحقاق وتجب الشفعة اذا كان غير منقول وقال زفر رحمه الله عقده عقد بيع وجوازه جواز بيع ابتداء وانتهاء وتثبت فيه أحكام البيع فلا يبطل بالشيوع ويفيد الملك بنفسه من غير شريطة القبض ولا يملكان الرجوع (وجه) قوله ان معنى البيع موجود فى هذا العقد لان البيع تمليك العين بعوض وقد وجد الا انه اختلفت العبارة واختلافها لا يوجب اختلاف الحكم كلفظ البيع مع لفظ التمليك (ولنا) انه وجد فى هذا العقد لفظ الهبة ومعنى البيع فيعطى شبه العقدين فيعتبر فيه القبض والحيازة عملا بشبه الهبة ويثبت فيه حق الرد بالعيب وعدم الرؤية فى حق الشفعة عملا بشبه البيع عملا بالدليلين بقدر الامكان والله عز وجل أعلم (ومنها) ما هو فى معنى العوض وهو ثلاثة أنواع الاول صلة الرحم المحرم فلا رجوع فى الهبة لذى رحم محرم من الواهب وهذا عندنا وقال الشافعى رحمه الله يرجع الوالد فيما يهب لولده احتج بما روينا عن النبى عليه الصلاة والسلام انه قال لا يحل لواهب أن يرجع فى هبته الا الوالد فيما يهب لولده وهذا نص فى الباب (ولنا) ما روينا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال الواهب أحق بهبته ما لم يثب منها أى لم يعوض وصلة الرحم عوض معنى لان التواصل سبب التناصر والتعاون فى الدنيا فيكون وسيلة الى استيفاء النصرة وسبب الثواب فى الدار الآخرة فكان أقوى من المال وقد روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال اتقوا الله وصلوا الارحام فانه أبقى لكم فى الدنيا وخير لكم فى الدار الآخرة فدخل تحت النص وروى عن سيدنا عمر رضى الله عنه انه قال من وهب هبة لصلة رحم أو على وجه صدقة فانه لا يرجع فيها وهذا نص فى الباب والحديث محمول على النهى عن شراء الموهوب لكنه سماه رجوعا مجازا لتصوره بصورة الرجوع كما روى أن سيدنا عمر رضى الله عنه تصدق بفرس له على رجل ثم وجده يباع فى السوق فأراد أن يشتريه فسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال لا تعد فى صدقتك وسيدنا عمر رضى الله عنه قصد الشراء لا العود فى الصدقة لكن سماه عودا لتصوره بصورة العود وهو نهى ندب لان الموهوب له يستحى فيسامحه فى ثمنه فيصير كالراجع فى بعضه والرجوع مكروه وهذا

المعنى لا يوجد فى هبة الوالد لولده لان الولد لا يستحى عن المضايقة فى الثمن لاستيفاء الثمن لمباسطة بينهما عادة فلم يكره الشراء حملناه على هذا توفيقا بين الدليلين صيانة لهما عن التناقض ولو وهب لذى رحم محرم فله أن يرجع لقصور معنى الصلة فى هذه القرابة فلا يكون فى معنى العوض وكذا اذا وهب لذى محرم لا رحم له لانعدام معنى الصلة أصلا ولو وهب لعبد ذى رحم ومولاه أجنبيا (فاما) ان كان المولى ذارحم محرم من الواهب والعبد أجنبيا (واما) ان كان المولى والعبد جميعا ذوى رحم من الواهب فان كان العبد ذارحم محرم من الواهب والمولى أجنبيا فله أن يرجع بلا خلاف بين أصحابنا لان حكم العقد يقع للمولى وانما الواقع للعبد صورة العقد بلا حكم وانه لا يفيد معنى الصلة فانعدم معنى العوض أصلا وان كان المولى ذارحم محرم من الواهب والعبد أجنبيا اختلفوا فيه قال أبو حنيفة رضى الله عنه يرجع وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله لا يرجع (وجه) قولهما أن بطلان حق الرجوع بحصول الصلة لانها فى معنى العوض على ما بينا ومعنى الصلة انما يتحقق لوقوع الحكم للقريب والحكم وقع للمولى فصار كأن الواهب أوجب الهبة له ابتداء وانه يمنع الرجوع كذا هذا (وجه) قول أبى حنيفة رحمه الله أن الملك لم يثبت للمولى بالهبة لانها وقعت للعبد ألا ترى أن القبض اليه لا الى المولى وانما ثبت ضرورة تعذر الاثبات للعبد فأقيم مقامه واذا ثبت الملك له بالهبة لم يحصل معنى الصلة بالعقد فلا يمنع الرجوع مع ما أن الملك يثبت له بالهبة لكن الهبة وقعت للمولى من وجه وللعبد من وجه لان الايجاب أضيف الى العبد والملك وقع للمولى اذا لم يكن دين فلم يتكامل معنى الصلة فى الهبة فصارت كالهبة لذى رحم محرم فان كانا جميعا ذارحم محرم من الواهب فقد ذكر الكرخى عن محمد ان قياس قول أبى حنيفة أن يرجع لان قرابة العبد لا تؤثر فى اسقاط الرجوع لان الملك لم يقع له وقرابة المولى أيضا لا تؤثر فيه لان الايجاب لم يقع له وحق الرجوع هو الاصل فى الهبة والامتناع معارض المسقط ولم يوجد فلا يسقط وذكر الفقيه أبو جعفر الهندوانى انه ليس له أن يرجع فى هذه المسئلة فى قولهم لان الهبة اما أن يعتبر فيها حال العبد أو حال المولى وأيهما كان فرحمة كاملة والصلة الكاملة تمنع الرجوع والجواب انه لا يعتبر ههنا حال العبد وحده ولا حال المولى وحده بل يعتبر حالهما جميعا واعتبار حالهما لا يمنع الرجوع والله عز وجل أعلم وعلى هذا التفريع اذا وهب لمكاتب شيأ وهو ذو رحم محرم من الواهب أو مولاه ذو رحم محرم من الواهب انه ان أدى المكاتب فعتق يعتبر حاله فى القرابة وعدمها ان كان أجنبيا يرجع وان كان قريبا لا يرجع لانه لما أدى فعتق استقر ملكه فصار كأن الهبة وقعت له وهو حر ولو كان كذلك يرجع ان كان أجنبيا وان كان قريبا لا يرجع كذا هذا وان عجز ورد فى الرق فقياس قول أبى حنيفة رحمه الله انه يعتبر حال المولى فى القرابة وعدمها ان كان أجنبيا فللواهب أن يرجع وان كان قريبا فليس له أن يرجع بناء على أن الهبة عنده أوجبت ملكا موقوفا على المكاتب وعلى مولاه على معنى انه ان أدى فعتق تبين ان الملك وقع له من حين وجوده وان عجز ورد فى الرق يظهر انه وقع للمولى من وقت وجوده كأن الهبة وقعت له من الابتداء وعلى قول محمد لا يرجع فى الاحوال كلها لان عنده كسب المكاتب يكون للمكاتب من غير توقف ثم ينتقل الى المولى بالعجز كأنه وهب لحى فمات وانتقل الموهوب الى ورثته الثانى الزوجية فلا يرجع كل واحد من الزوجين فيما وهبه لصاحبه لان صلة الزوجية تجرى مجرى صلة القرابة الكاملة بدليل انه يتعلق بها التوارث فى جميع الاحوال فلا يدخلها حجب الحرمان والقرابة الكاملة مانعة من الرجوع فكذا ما يجرى مجراها الثالث التوارث فلا رجوع فى الهبة من الفقير بعد قبضها لان الهبة من الفقير صدقة لانه يطلب بها الثواب كالصدقة ولا رجوع فى الصدقة على الفقير بعد قبضها لحصول الثواب الذى هو فى معنى العوض بوعد الله تعالى وان لم يكن عوضا فى الحقيقة اذ العبد لا يستحق على مولاه عوضا ولو تصدق على غنى فالقياس أن يكون له حق الرجوع لان التصدق على الغنى يطلب منه العوض عادة فكان هبة فى الحقيقة فيوجب الرجوع الا انهم استحسنوا وقالوا ليس له ان يرجع لان الثواب قد يطلب بالصدقة على الاغنياء ألا ترى أن من له نصاب تجب فيه الزكاة وله عيال لا يكفيه ما فى

يده ففي الصدقة عليه ثواب واذا كان الثواب مطلوبا من ذلك في الجملة فاذا أتى بلفظة الصدقة دل انه أراد به الثواب وانه يمنع الرجوع لما بينا (وأما) الشيوع فنقول لا يمنع الرجوع في الهبة فللواهب أن يرجع في نصف الهبة مشاعا وان كان محتملا للقسمة بان وهب دارا فباع الموهوب له نصفها مشاعا كان للواهب أن يرجع في الباقي وكذا لو لم يبع نصفها وهي قائمة في يد الموهوب له فله أن يرجع في بعضها دون البعض بخلاف الهبة المستقبلة انها لا تجوز في المشاع الذي يحتمل القسمة لان القبض شرط جواز العقد والشياع يخل في القبض الممكن من التصرف والرجوع فسخ والقبض ليس بشرط لجواز الفسخ فلا يكون الشيوع مانعا من الرجوع (وأما) بيان ماهية الرجوع وحكمه شرعا فنقول وبالله التوفيق لا خلاف في أن الرجوع في الهبة بقضاء القاضي فسخ واختلف في الرجوع فيها بالتراضي فمسائل أصحابنا تدل على انه فسخ أيضا كالرجوع بالقضاء فانهم قالوا يصح الرجوع في المشاع الذي يحتمل القسمة ولو كان هبة مبتدأة لم يصح مع الشياع وكذا لا تقف صحته على القبض ولو كانت هبة مبتدأة لوقف صحته على القبض وكذا لو وهب لانسان شيا ووهبه الموهوب له لآخر ثم رجع الثاني في هبته كان للاول أن يرجع ولو كان هبة مبتدأة لم يكن له حق الرجوع فهذه المسائل تدل على ان الرجوع بغير قضاء فسخ وقال زفر انه هبة مبتدأة (وجه) قوله ان ملك الموهوب عاد الى الواهب بتراضيهما فاشبه الرد بالعيب فيعتبر عقدا جديدا في حق ثالث كالرد بالعيب بعد القبض والدليل على انه هبة مبتدأة ما ذكر محمد في كتاب الهبة ان الموهوب له اذا رد الهبة في مرض موته انها تكون من الثلث وهذا حكم الهبة المبتدأة (ولنا) ان الواهب بالفسخ يستوفي حق نفسه واستيفاء الحق لا يتوقف على قضاء القاضي والدليل على انه مستوف حق نفسه بالفسخ ان الهبة عقد جائز موجب حق الفسخ فكان بالفسخ مستوفيا ثابتا له فلا يقف على القضاء بخلاف الرد بالعيب بعد القبض بغير قضاء القاضي انه يعتبر بيعا جديدا في حق ثالث لانه لا حق للمشتري في الفسخ وانما حقه في صفة السلامة فاذا لم يسلم اختل رضاه فيثبت حق الفسخ ضرورة فتوقف لزوم موجب الفسخ في حق ثالث على قضاء القاضي (وأما) ما ذكر محمد من أصحابنا من التزم وقال هذا يدل على ان الرجوع بغير قضاء هبة مبتدأة وما ذكرنا من المسائل يدل على انها فسخ فكان في المسئلة روايتان (ومنهم) من قال هذا لا يدل على اختلاف الروايتين لانه انما اعتبر الرد من الثلث لكون المريض متهما في الرد في حق ورثته فكان فسخا فيما بين الواهب والموهوب له هبة مبتدأة في حق الورثة وهذا ليس بممتنع أن يكون للعقد الواحد حكمان مختلفان كالاقالة فانها فسخ في حق العاقدين بيع جديد في حق غيرهما واذا انفسخ العقد بالرجوع عاد الموهوب الى قديم ملك الواهب ويملكه الواهب وان لم يقبضه لان القبض انما يعتبر في انتقال الملك لا في عود قديم الملك كالفسخ في باب البيع والموهوب بعد الرجوع يكون أمانة في يد الموهوب له حتى لو هلك في يده لا يضمن لان قبض الهبة قبض غير مضمون فاذا انفسخ عندها بقي القبض على ما كان قبل ذلك أمانة غير موجب للضمان فلا يصير مضمونا عليه الا بالتعدي كسائر الامانات ولو لم يتراضيا على الرجوع ولا قضى القاضي به ولكن الموهوب له وهب الموهوب للواهب وقبله الواهب الاول لا يملكه حتى يقبضه واذا قبضه كان بمنزلة الرجوع بالتراضي أو بقضاء القاضي وليس للموهوب له أن يرجع فيه وكذا الصدقة (أما) وقوف الملك فيه على القبض فلان الموجود لفظ الهبة لا لفظ الفسخ وملك الواهب لا يزول الا بالقبض بخلاف ما اذا تراضيا على الرجوع ان الواهب يملكه بدون القبض لان اتفاقهما على الرجوع اتفاق على الفسخ ولا يشترط للفسخ ما يشترط للعقد ثم اذا قبضه الواهب قام ذلك مقام الرجوع لان الرجوع مستحق فتقع الهبة عن الرجوع المستحق ولا تقع موقع الهبة المبتدأة فلا يصح الرجوع فيها

﴿فصل﴾ وأما بيان ما يرفع عقد الهبة فالذي يرفعه هو الفسخ اما بالاقالة أو الرجوع بقضاء القاضي أو التراضي على ما بينا واذا انفسخ العقد يعود الموهوب الى قديم ملك الواهب بنفس الفسخ من غير الحاجة الى القبض لما ذكرنا فيما تقدم

﴿كتاب

﴿كتاب الرهن﴾

الكلام في هذا الكتاب يقع في مواضع في بيان ركن عقد الرهن وفي بيان شرائط الركن وفي بيان حكم الرهن وفي بيان مايخرج به الرهن عن كونه مرهونا ومايبطل به الركن ومالا يبطل وفي بيان حكم اختلاف الراهن والمرتهن والعدل أما ركن عقد الرهن فهو الايجاب والقبول وهو أن يقول الراهن رهنتك هذا الشئ بمالك على من الدين أو يقول هذا الشئ رهن بدينك ومايجرى هذا المجرى ويقول المرتهن ارتهنت أو قبلت أو رضيت ومايجرى مجراه فأما لفظ الرهن فليس بشرط حتى لواشترى شيأ بدراهم ودفع الى البائع ثوبا وقال له امسك هذا الثوب حتى أعطيك الثمن فالثوب رهن لانه أتى بمعنى العقد والعبرة في باب العقود للمعاني

﴿فصل﴾ وأما الشرائط فأنواع بعضها يرجع الى نفس الرهن وبعضها يرجع الى الراهن والمرتهن وبعضها يرجع الى المرهون وبعضها يرجع الى المرهون به (أما) الذي يرجع الى نفس الرهن فهو أن لا يكون معلقا بشرط ولا مضافا الى وقت لان في الرهن والارتهان معنى الايفاء والاستيفاء فيشبه البيع وانه لا يحتمل التعليق بشرط والاضافة الى وقت كذا هذا (وأما) الذي يرجع الى الراهن والمرتهن فعقلهما حتى لا يجوز الرهن والارتهان من المجنون والصبي الذي لا يعقل (فأما) البلوغ فليس بشرط وكذا الحرية حتى يجوز من الصبي المأذون والعبد المأذون لان ذلك من توابع التجارة فيملكه من يملك التجارة ولان الرهن والارتهان من باب ايفاء الدين واستيفائه وهما يملكان ذلك وكذا السفر ليس بشرط لجواز الرهن فيجوز الرهن في السفر والحضر جميعا لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استقرض بالمدينة من يهودي طعاما ورهنه به درعه وكان ذلك رهنا في الحضر ولان ماشرع له الرهن وهو الحاجة الى توثيق الدين يوجد في الحالين وهو الرهن عن تواء الحق بالجحود والانكار وتذكره عند السهو والنسيان والتنصيص على السفر في كتاب الله تعالى عز وجل ليس لتخصيص الجواز بل هو اخراج الكلام مخرج العادة كقوله تعالى فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا (وأما) الذي يرجع الى المرهون فأنواع (منها) أن يكون محلا قابلا للبيع وهو أن يكون موجودا وقت العقد مالا مطلقا متقوما مملوكا معلوما مقدور التسليم ونحو ذلك فلا يجوز رهن ماليس بموجود عند العقد ولا رهن مايحتمل الوجود والعدم كما اذا رهن ما يثمر نخيله العام أو ماتلد أغنامه السنة أو مافي بطن هذه الجارية ونحو ذلك ولا رهن الميتة والدم لانعدام ماليتهما ولا رهن صيد الحرم والاحرام لانه ميتة ولا رهن الحر لانه ليس بمال أصلا ولا رهن أم الولد والمدبر المطلق والمكاتب لانهم أحرار من وجه فلا يكونون أموالا مطلقة ولا رهن الخمر والخنزير من المسلم سواء كان العاقدان مسلمين أو أحدهما مسلم لانعدام مالية الخمر والخنزير في حق المسلم وهذا لان الرهن ايفاء الدين والارتهان استيفاؤه ولا يجوز للمسلم ايفاء الدين من الخمر واستيفاؤه الا أن الراهن اذا كان ذميا كانت الخمر مضمونة على المسلم المرتهن لان الرهن اذا لم يصح كانت الخمر بمنزلة المغصوب في يد المسلم وخمر الذمي مضمون على المسلم بالغصب واذا كان الراهن مسلما والمرتهن ذميا لا تكون مضمونة على أحد (وأما) في حق أهل الذمة فيجوز رهن الخمر والخنزير وارتهانهما منهم لان ذلك مال متقوم في حقهم بمنزلة الخل والشاة عندنا ولا رهن المباحات من الصيد والحطب والحشيش ونحوها لانها ليست بمملوكة في أنفسها (فأما) كونه مملوكا للراهن فليس بشرط لجواز الرهن حتى يجوز رهن مال الغير بغير اذنه بولاية شرعية كالاب والوصي يرهن مال الصبي بدينه وبدين نفسه لان الرهن لا يخلو (اما) ان يجرى مجرى الايداع (واما) ان يجرى مجرى المبادلة والاب يلي كل واحد منهما في مال الصغير فانه يبيع مال الصغير بدين نفسه ويودع مال الصغير فان هلك الرهن في يد المرتهن قبل أن يفتكه الاب هلك بالاقل من قيمته ومما رهن به لان الرهن وقع صحيحا وهذا حكم الرهن الصحيح وضمن الاب قدر ماسقط من الدين بهلاك الرهن لانه قضى دين نفسه بمال ولده فيضمن فلو أدرك الولد والرهن قائم عند المرتهن فليس

له أن يسترده قبل قضاء القاضى لما ذكرنا أن الرهن وقع صحيحا لوقوعه عن ولاية شرعية فلا يملك الولد نقضه ولكن يؤمر الاب بقضاء الدين ورد الرهن على ولده لزوال ولايته بالبلوغ ولو قضى الولد دين أبيه وافتك الرهن لم يكن متبرعا ويرجع بجميع ماقضى على أبيه لانه مضطر الى قضاء الدين اذ لا يمكنه الوصول الى ملكه الا بقضاء الدين كله فكان مضطرا فيه فلم يكن متبرعا بل يكون مأمورا بالقضاء من قبل الاب دلالة فكان له أن يرجع عليه بما قضى كما لو استعار من انسان عبده ليرهنه بدين نفسه فرهن ثم ان المعير قضى دين المستعير وافتك الرهن انه يرجع بجميع ماقضى على المستعير لما قلنا كذا هذا وكذلك حكم الوصى فى جميع ماذكرنا حكم الاب وانما يفترقان فى فصل آخر وهو انه يجوز للاب أن يرتهن مال الصغير بدين ثبت على الصغير واذا هلك يهلك بالاقل من قيمته ومن الدين واذا أدرك الولد ليس له أن يسترده اذا كان الاب يشهد على الارتهان وان كان لم يشهد على ذلك لم يصدق عليه بعد الادراك الا بتصديق الولد ويجوز له أن يرهن ماله عند ولده الصغير بدين للصغير عليه ويحبسه لاجل الولد واذا هلك بعد ذلك فيهلك بالاقل من قيمته ومن الدين اذا كان أشهد عليه قبل الهلاك وان كان لم يشهد عليه قبل الهلاك لم يصدق الا أن يصدقه الولد بعد الادراك والوصى لو فعل هذا من اليتيم لا يجوز رهنه ولا ارتهانه أما على أصل محمد فلا يشكل لانه لا يرى بيع مال اليتيم من نفسه ولا شراء ماله لنفسه أصلا فكذلك الرهن وعلى قولهما ان كان يجوز البيع والشراء لكن اذا كان خيرا لليتيم ولا خير له فى الرهن لانه يهلك أبدا بالاقل من قيمته ومن الدين فلم يكن فيه خير لليتيم فلم يجز وكذلك يجوز رهن مال الغير باذنه كما لو استعار من انسان شيأ ليرهنه بدين على المستعير لما ذكرنا ان الرهن ايفاء الدين وقضاؤه وللانسان سبيل من أن يقضى دين نفسه بمال غيره باذنه ثم اذا أذن المالك بالرهن فاذنه بالرهن لا يخلو اما ان كان مطلقا واما ان كان مقيدا فان كان مطلقا فللمستعير أن يرهنه بالقليل والكثير وبأى جنس شاء وفى أى مكان كان ومن أى انسان أراد ولان العمل باطلاق اللفظ أصل وان كان مقيدا بان سمى قدرا أو جنسا أو مكانا أو انسانا يتقيد به حتى لو أذن له أن يرهنه بعشرة لم يجز له أن يرهنه بأكثر منها ولا بأقل لان المتصرف باذن يتقيد تصرفه بقدر الاذن والاذن لم يتناول الزيادة فلم يكن له أن يرهن بالاكثر ولا بالاقل أيضا لان المرهون مضمون والمالك انما جعله مضمونا بالقدر وقد يكون له فى ذلك غرض صحيح فكان التقييد به مفيدا وكذلك لو أذن له أن يرهنه بجنس لم يجز له أن يرهنه بجنس آخر لان قضاء الدين من بعض الاجناس قد يكون أيسر من بعض فكان التقييد بالجنس مفيدا وكذا اذا أذن له أن يرهنه بالكوفة لم يجز له أن يرهنه بالبصرة لان التقييد بمكان دون مكان مفيد فيتقيد بالمكان المذكور وكذا اذا أذن له أن يرهنه من انسان بعينه لم يجز له أن يرهنه من غيره لان الناس متفاوتون فى المعاملات فكان التعيين مفيدا فان خالف فى شئ مما ذكرنا فهو ضامن لقيمته اذا هلك لانه تصرف فى ملك الغير بغير اذنه فصار غاصبا وللمالك أن يأخذ الرهن من يد المرتهن لان الرهن لم يصح فبقى المرهون فى يده بمنزلة المغصوب فكان له أن يأخذه منه وليس لهذا المستعير ان ينتفع بالمرهون لا قبل الرهن ولا بعد الانفكاك فان فعل ضمن لانه لم يأذن له الا بالرهن فان انتفع به قبل أن يرهنه ثم رهنه بمثل قيمته برئ من الضمان حين رهن ذكره فى الاصل لانه لما انتفع به فقد خالف ثم لما رهنه فقد عاد الى الوفاق فيبرأ عن الضمان كالمودع اذا عاد الى الوفاق بعد ما خالف فى الوديعة بخلاف ما اذا استعار العين لينتفع بها فخالف ثم عاد الى الوفاق انه لا يبرأ عن الضمان لان المستعير للانتفاع ليست يده يد المالك بل يد نفسه حيث تعود المنفعة اليه فلم تكن بالعود الى الوفاق رادا للمال الى يد المالك فلا يبرأ عن الضمان (فأما) المستعير للرهن فيده قبل الرهن يد المالك فاذا عاد الى الوفاق فقد رد المال الى يد المالك فيبرأ عن الضمان واذا قبض المستعير العارية فهلك فى يده قبل أن يرهنه فلا ضمان عليه لانه هلك فى قبض العارية لا فى قبض الرهن وقبض العارية قبض أمانة لا قبض ضمان وكذلك اذا هلك فى يده بعد ما افتكه من يد المرتهن لانه بالافتكاك من يد المرتهن عاد عارية فكان الهلاك فى قبض العارية ولو وكل الراهن يعنى المستعير بقبض الرهن من المرتهن أحدا فقبضه فهلك فى يد القابض فان كان القابض فى عياله لم يضمن لان يده كيده

والمالك رضي بيده وان لم يكن في عياله ضمن لان يده ليست كيده فلم يكن المالك راضياً بيده وان هلك في يد المرتهن وقد رهن على الوجه الذى أذن فيه ضمن الراهن للمعير قدر ماسقط عنه من الدين بهلاك الرهن لانه قضى دين نفسه من مال الغير باذنه بالرهن اذ الرهن قضاء الدين و يتعذر القضاء عند الهلاك وكذلك لو دخله عيب فسقط بعض الدين ضمن الراهن ذلك القدر لانه قضى ذلك القدر من دينه بمال الغير فيضمن ذلك القدر فكان المستعير بمنزلة رجل عنده وديعة لانسان فقضى دين نفسه بمال الوديعة باذن صاحبها فانه يكون مضمونا عليه ومالم يقبض يكون أمانة في يده فان عجز الراهن عن الافتكاك فافتكه المالك لا يكون متبرعا و يرجع بجميع ماقضى على المستعير وذكر الكرخي انه يرجع بقدر ما كان يملك الدين به ولا يرجع بالزيادة عليه و يكون متبرعا فيها حتى لو كان المستعير رهن بألفين وقيمة الرهن ألف فقضى المالك ألفين فانه يرجع على المستعير بألفين وعلى ماذكره الكرخي يرجع عليه بألف (وجه) قول الكرخي ان المضمون على المستعير قدر الدين بدليل انه لا يضمن عند الهلاك الا قدر الدين فاذا قضى المالك الزيادة على المقدر كان متبرعا فيها (وجه) القول الآخر ان المالك مضطر الى قضاء كل الدين الذى رهن به لانه علق ماله عند المرتهن بحيث لا فكاك له الا بقضاء كل الدين فكان مضطرا في قضاء الكل فكان مأذونا فيه من قبل الراهن دلالة كأنه وكله بقضاء دينه فقضاه المعير من مال نفسه ولو كان كذلك لرجع عليه بما قضى كذا هذا وليس للمرتهن أن يمتنع من قبض الدين من المعير و يجبر على القبض و يسلم الرهن اليه لان له ولاية قضاء الدين لتخلص ملكه وازالة العلق عنه فلا يكون للمرتهن ولاية الامتناع من القبض والتسليم فان اختلف الراهن والمعير وقد هلك الرهن فقال المعير هلك في يد المرتهن وقال المستعير هلك قبل أن أرهنه أو بعد ما افتككته فالقول قول الراهن مع يمينه لان الضمان انما وجب على المستعير لكونه قاضياً دين نفسه من مال الغير باذنه وهو ينكر القضاء فكان القول قول المنكر ولا يجوز رهن المجهول ولا معجوز التسليم ونحو ذلك مما لا يجوز بيعه والاصل فيه ان كل مالا يجوز بيعه لا يجوز رهنه وقد ذكرنا جملة ذلك في كتاب البيوع (ومنها) أن يكون مقبوض المرتهن أو من يقوم مقامه والكلام في القبض في مواضع في بيان انه شرط جواز الرهن وفي بيان شرائط صحته وفي تفسير القبض وماهيته وفي بيان أنواعه (اما) الاول فقد اختلف العلماء فيه قال عامة العلماء انه شرط وقياس قول زفر رحمه الله في الهبة أن يكون ركنا كالقبول حتى ان من حلف لا يرهن فلانا شيأ فرهنه ولم يقبضه يحنث عندنا وعنده لا يحنث كما في الهبة والصحيح قولنا لقول الله تبارك وتعالى فرهان مقبوضة ولو كان القبض ركنا لصار مذكورا بذكر الرهن فلم يكن لقوله تعالى عز شأنه مقبوضة معنى فدل ذكر القبض مقرونا بذكر الرهن على انه شرط وليس بركن وقال مالك رحمه الله ليس بركن ولا شرط والصحيح قول العامة لقوله تبارك وتعالى فرهان مقبوضة وصف سبحانه وتعالى الرهن بكونه مقبوضاً فيقتضى أن يكون القبض فيه شرطاً صيانة لخبره تعالى عن الخلف ولانه عقد تبرع للحال فلا يفيد الحكم بنفسه كسائر التبرعات ولو تعاقدا على أن يكون الرهن في يد صاحبه لا يجوز الرهن حتى لو هلك في يده لا يسقط الدين ولو أراد المرتهن أن يقبضه من يده ليحبسه رهناً ليس له ذلك لان هذا شرط فاسد أدخلاه في الرهن فلم يصح الرهن ولو تعاقدا على أن يكون في يد العدل وقبضه العدل جاز و يكون قبضه كقبض المرتهن وهذا قول العامة وقال ابن أبي ليلى لا يصح الرهن الا بقبض المرتهن والصحيح قول العامة لقوله تبارك وتعالى فرهان مقبوضة من غير فصل بين قبض المرتهن والعدل ولان قبض العدل برضا المرتهن قبض المرتهن معنى ولو قبضه العدل ثم تراضيا على أن يكون الرهن في يد عدل آخر و وضعاه في يده جاز لانه جاز وضعه في يد الاول لتراضيهما فيجوز وضعه في يد الثاني بتراضيهما وكذا اذا قبضه العدل ثم تراضيا على أن يكون في يد المرتهن و وضعاه في يده لانه جاز وضعه في يده في الابتداء فكذا في الانتهاء وكذا اذا قبضه المرتهن أو العدل ثم تراضيا على أن يكون في يد الراهن و وضعه في يده جاز لان القبض الصحيح للعقد قد وجد وقد خرج الرهن من يده فبعد ذلك يده و يد الاجنبي سواء ولو رهن رهنا وسلط عدلا على بيعه عند المحل فلم يقبض حتى حل الاجل فالرهن باطل لان صحته بالقبض والبيع صحيح لان صحة

التوكيل لا تقف صحته على القبض فصح البيع وان لم يصح الرهن وكذلك لو رهن مشاعا وسلطه على بيعه فالرهن باطل والوكالة صحيحة لما ذكرنا ولو جعل عدلا فى الامساك وعدلا فى البيع جاز لان كل واحد منهما أمر مقصود فيصح افراده بالتوكيل (وأما) بيان شرائط صحته فأنواع (منها) أن يكون باذن الراهن لما ذكرنا فى الهبة ان الاذن بالقبض شرط صحته فيما له صحة بدون القبض وهو البيع فلان يكون شرطا فيما لا صحة له بدون القبض أولى ولان القبض فى هذا الباب يشبه الركن كما فى الهبة فيشبه القبول وذا لا يجوز من غير رضا الراهن كذا هذا ثم نقول الاذن نوعان نص وما يجرى مجرى النص دلالة فالاول نحو أن يقول أذنت له بالقبض أو رضيت به أو اقبض وما يجرى هذا المجرى فيجوز قبضه سواء قبض فى المجلس أو بعد الافتراق استحسانا وقياس قول زفر فى الهبة ان لا يجوز بعد الافتراق والثانى نحو أن يقبض المرتهن بحضرة الراهن فيسكت ولا ينهاه فيصح قبضه استحسانا وقياس قول زفر فى الهبة أن لا يصح كما لا يصح بعد الافتراق لان القبض عنده ركن بمنزلة القبول فلا يجوز من غير اذن كالقبول وصار كالبيع الصحيح بل أولى لان القبض ليس بشرط لصحته وانه شرط لصحة الرهن (وجه) الاستحسان انه وجد الاذن ههنا دلالة الاقدام على ايجاب الرهن لان ذلك دلالة القصد الى ايجاب حكمه ولا ثبوت لحكمه الا بالقبض ولا صحة للقبض بدون الاذن فكان الاقدام على الايجاب دلالة الاذن بالقبض والاقدام دلالة الاذن بالقبض فى المجلس لا بعد الافتراق فلم يوجد الاذن هناك نصا ودلالة بخلاف البيع لان البيع الصحيح بدون القبض فلم يكن الاقدام على ايجابه دليل القبض فلا يكون دليل الاذن فهو الفرق ولو رهن شيأ متصلا بما لم يقع عليه الرهن كالثمر المعلق على الشجر ونحوه مما لا يجوز الرهن فيه الا بالفصل والقبض ففصل وقبض فان قبض بغير اذن الراهن لم يجز قبضه سواء كان الفصل والقبض فى المجلس أو فى غيره لان الايجاب ههنا لم يقع صحيحا فلا يستدل به على الاذن بالقبض وان قبض باذنه فالقياس أن لا يجوز وهو قول زفر وفى الاستحسان جائز بناء على أصل ذكرناه فى الهبة والله الموفق (ومنها) الحيازة عندنا فلا يصح قبض المشاع وعند الشافعى رحمه الله ليس بشرط وقبض المشاع صحيح (وجه) قوله ان الشياع لا يقدح فى حكم الرهن ولا فى شرطه فلا يمنع جواز الرهن ودلالة ذلك ان حكم الرهن عنده كون المرتهن أحق ببيع المرهون واستيفاء الدين من بدله على ما ذكر والشيوع لا يمنع جواز البيع وشرطه هو القبض وانه ممكن فى النصف الشائع بتخلية الكل (ولنا) ان قبض النصف الشائع وحده لا يتصور والنصف الآخر ليس بمرهون فلا يصح قبضه وسواء كان مشاعا يحتمل القسمة أولا يحتملها لان الشيوع يمنع تحقق قبض الشائع فى النوعين جميعا بخلاف الهبة فان الشيوع فيها لا يمنع الجواز فيما لا يحتمل القسمة لان المانع هناك ضمان القسمة على ما ذكرنا فى كتاب الهبة وانه يخص المقسوم وسواء رهن من أجنبى أو من شريكه على ما نذكر ان شاء الله تعالى وسواء كان مقارنا للعقد أو طارئا عليه فى ظاهر الرواية وروى عن أبى يوسف ان الشيوع الطارئ على العقد لا يمنع بقاء العقد على الصحة صورته اذا رهن شيأ وسلط المرتهن أو العدل على بيعه كيف شاء مجتمعا أو متفرقا فباع نصفه شائعا أو استحق بعض الرهن شائعا (وجه) رواية أبى يوسف ان حال البقاء لا يقاس على حال الابتداء لان البقاء أسهل من حكم الابتداء لهذا فرق الشرع بين الطارئ والمقارن فى كثير من الاحكام كالعدة الطارئة والاباق الطارئ ونحو ذلك فكون الحيازة شرطا فى ابتداء العقد لا يدل على كونها شرط البقاء على الصحة (وجه) ظاهر الرواية ان المانع فى المقارن كون الشيوع مانعا عن تحقق القبض فى النصف الشائع وهذا المعنى موجود فى الطارئ فيمنع البقاء على الصحة ولو رهن رجلان رجلا عبدا بدين له عليهما رهنا واحدا جاز وكان كله رهنا بكل الدين حتى ان للمرتهن أن يمسكه حتى يستوفى كل الدين واذا قضى أحدهما دينه لم يكن له أن يأخذ نصيبه من الرهن لان كل واحد منهما رهن كل العبد بما عليه من الدين لا نصفه وان كان المملوك منه لكل واحد منهما النصف لما ذكرنا أن كون المرهون مملوك الراهن ليس بشرط لصحة الرهن فانه يجوز رهن مال الغير باذنه لما بينا واقدامهما على رهنه صفقة واحدة دلالة الاذن من كل واحد منهما فصار كل العبد

رهنا بكل الدين ولا استحالة فى ذلك لان الرهن حبس وليس يمتنع أن يكون العبد الواحد محبوسا بكل الدين فلم يكن هذا رهن الشائع فجاز وليس لاحدهما أن يأخذ نصيبه من العبد اذا قضى ما عليه من الدين لان كله مرهون بكل الدين فما بقى شىء من الدين بقى استحقاق الحبس وكذلك اذا رهن رجل رجلين بدين لهما عليه وهما شريكان فيه أو لا شركة بينهما جاز واذا قضى الراهن دين أحدهما لم يكن له أن يقبض شيأ من الرهن لانه رهن كل العبد بدين كل واحد منهما وكل العبد يصلح رهنا بدين كل واحد منهما على الكمال كأن ليس معه غيره لما ذكرنا وهذا بخلاف الهبة من رجلين على أصل أبى حنيفة عليه الرحمة انها غير جائزة لان الهبة تمليك وتمليك شىء واحد من اثنين من كل واحد منهما على الكمال محال والعاقل لا يقصد بتصرفه المحال فاما الرهن فحبس ولا استحالة فى كون الشىء الواحد محبوسا بكل واحد من الدينين فهو الفرق بين الفصلين غير انه وان كان محبوسا بكل واحد من الدينين لكنه لا يكون مضمونا الا بحصته حتى لو هلك تنقسم قيمته على الدينين فيسقط من كل واحد منهما بقدره لان المرتهن عند هلاك الرهن يصير مستوفيا الدين من مالية الرهن وانه لا يفى لاستيفاء الدينين وليس أحدهما بأولى من الآخر فيقسم عليهما فيسقط من كل واحد منهما بقدره وعلى هذا يخرج حبس المبيع بان اشترى رجلان من رجل شيأ فأدى أحدهما حصته من الثمن لم يكن له أن يقبض شيأ من المبيع وكان للبائع أن يحبس كله حتى يستوفى ما على الآخر لان كل المبيع محبوس بكل الثمن فما بقى جزء من الثمن بقى استحقاق حبس كل المبيع ولو رهن بيتا بعينه من دار أو رهن طائفة معينة من دار جاز لانعدام الشيوع وعلى هذا الاصل تخرج زيادة الدين على الرهن انها لا تجوز عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وجملة الكلام فى الزيادات انها أنواع أربعة زيادة الرهن وهى نماؤه كالولد واللبن والثمر والصوف وكل ما هو متولد من الرهن أو فى حكم المتولد منه بان كان بدل جزء فائت أو بدل ما هو فى حكم الجزء كالارش والعقر وزيادة الرهن على أصل الرهن كما اذا رهن بالدين جارية ثم زاد عبدا أو غير ذلك رهنا بذلك الدين وزيادة الرهن على نماء الرهن كما اذا رهن بالدين جارية فولدت ولدا ثم ماتت الجارية ثم زاد رهنا على الولد وزيادة الدين على الرهن كما اذا رهن عبدا بألف ثم ان الراهن استقرض من المرتهن ألفا أخرى على أن يكون العبد رهنا بالاول والزيادة جميعا (اما) زيادة الرهن فرهونة عندنا على معنى انه يثبت حكم الاصل فيها وهو استحقاق الحبس على طريق اللزوم وعند الشافعى رحمه الله ليست بمرهونة أصلا والمسئلة تأتى فى بيان حكم الرهن ان شاء الله تعالى (وأما) زيادة الرهن فجائزة استحسانا والقياس ان لا يجوز وهو قول زفر رحمه الله وهو على اختلاف الزيادة فى الثمن والمثمن وقد مرت المسئلة فى كتاب البيوع (واما) زيادة الرهن على نماء الرهن بعد هلاك الاصل فهى موقوفة ان بقى الولد الى وقت الفكاك جازت الزيادة وان هلك لم تجز لانها اذا هلكت تبين انها حصلت بعد سقوط الدين وقيام الدين شرط صحة الزيادة (واما) زيادة الدين على الرهن فهى على الاختلاف الذى ذكرنا انه لا يجوز عند أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف جائزة (وجه) قوله ان الدين فى باب الرهن كالثمن فى باب البيع بدليل انه لا يصح الرهن الا بالدين كما لا يصح البيع الا بالثمن ثم هناك جازت الزيادة فى الثمن والمثمن جميعا فكذا هنا تجوز الزيادة فى الرهن والدين جميعا والجامع بين البابين ان الزيادة عندنا تلتحق بأصل العقد كان العقد ورد على الاصل والزيادة جميعا فيصير كأنه رهن بالدين عبدين ابتداء وذا جائز كذا هذا (وجه) قولهما ان هذه الزيادة لو صحت لاوجبت الشيوع فى الرهن وانه يمنع صحة الرهن ودلالة ذلك انها لو صحت لصار بعض العبد بمقابلتها فلا يخلو (اما) أن يصير ذلك البعض بمقابلة الزيادة مع بقائه مشغولا بالاول (واما) أن يفرغ من الاول ويصير مشغولا بالزيادة لا سبيل الى الاول لان المشغول بشىء لا يحتمل الشغل بغيره ولا سبيل الى الثانى لانه رهن بعض العبد بالدين وهذا رهن المشاع فلا يجوز كما اذا رهن عبدا واحدا بدينين مختلفين لكل واحد منهما بعضه بخلاف زيادة الرهن على أصل الرهن لان الزيادة هناك لا تؤدى الى شيوع الرهن بل الى شيوع الدين لان قبل الزيادة كان العبد بمقابلة كل الدين وبعد الزيادة صار كله بمقابلة بعض الدين والعبد والزيادة بمقابلة البعض الآخر فيرجع

الشيوع الى الدين لا الى الرهن والشيوع فى الدين لا يمنع صحة الرهن وفى الرهن يمنع صحته ألا ترى لو رهن عبدا بنصف الدين جاز ولو رهن نصف العبد بالدين لم يجز لذلك افترق حكم الزيادتين ولو رهن مشاعا فقسم وسلم جاز لان العقد فى الحقيقة موقوف على القسمة والتسليم بعد القسمة فاذا وجد فقد زال المانع من النفاذ فينفذ (ومنها) أن يكون المرهون فارغا عما ليس بمرهون فان كان مشغولا به بأن رهن دارا فيها متاع الراهن وسلم الدار أو سلم الدار مع ما فيها من المتاع أو رهن جوالقا دون ما فيه وسلم الجوالق أو سلمه مع ما فيه لم يجز لان معنى القبض هو التخلية الممكنة من التصرف ولا يتحقق مع الشغل ولو أخرج المتاع من الدار ثم سلمها فارغة جاز وينظر الى حال القبض لا الى حال العقد لان المانع هو الشغل وقد زال فينفذ كما فى رهن المشاع ولو رهن المتاع الذى فيها دون الدار وخلى بينه وبين الدار جاز بخلاف ما اذا رهن الدار دون المتاع لان الدار تكون مشغولة بالمتاع فاما المتاع فلا يكون مشغولا بالدار فيصح قبض المتاع ولم يصح قبض الدار ولو رهن الدار والمتاع والذى فيها صفقة واحدة وخلى بينه وبينهما وهو خارج الدار جاز الرهن فيهما جميعا لانه رهن الكل وسلم الكل وصح تسليمهما جميعا ولو فرق الصفقة فيهما بأن رهن أحدهما ثم الآخر فان جمع بينهما فى التسليم صح الرهن فيهما جميعا (أما) فى المتاع فلا شك فيه لما ذكرنا ان المتاع لا يكون مشغولا بالدار (وأما) فى الدار فلان المانع وهو الشغل قد زال وان فرق بأن رهن أحدهما وسلم ثم رهن الآخر وسلم لم يجز الرهن فى الدار وجاز فى المتاع سواء قدم أو أخر بخلاف الهبة فان هناك يراعى فيه الترتيب ان قدم هبة الدار لم تجز الهبة فى الدار وجازت فى المتاع كما فى الرهن وان قدم هبة المتاع جازت الهبة فيهما جميعا (اما) فى المتاع فلانه غير مشغول بالدار (واما) فى الدار فلانها وان كانت مشغولة وقت القبض لكن بمتاع هو ملك الموهوب له فلم يمنع صحة القبض وهنا الدار مشغولة بمتاع هو ملك الراهن فيمنع صحة القبض فهو الفرق ولو رهن دارا والراهن والمرتهن فى جوف الدار فقال الراهن سلمتها اليك لم يصح التسليم حتى يخرج من الدار ثم يسلم لان معنى التسليم وهو التخلية لا يتحقق مع كونه فى الدار فلا بد من تسليم جديد بعد الخروج منها ولو رهن دابة عليها حمل دون الحمل لم يتم الرهن حتى يلقى الحمل عنها ثم يسلمها الى المرتهن ولو رهن الحمل دون الدابة ودفعها اليه كان رهنا تاما فى الحمل لان الدابة مشغولة بالحمل اما الحمل فليس مشغولا بالدابة كما فى رهن الدار التى فيها المتاع بدون المتاع ورهن المتاع الذى فى الدار بدون الدار ولو رهن سرجا على دابة أو لجاما فى رأسها أو رسنا فى رأسها فدفع اليه الدابة مع اللجام والسرج والرسن لم يكن رهنا حتى ينزعه من رأس الدابة ثم يسلم بخلاف ما اذا رهن متاعا فى الدار لان السرج ونحوه من توابع الدابة فلم يصح رهنها بدون الدابة كما لا يصح رهن الثمر بدون الشجر بخلاف المتاع فانه ليس تبعا للدار ولهذا قالوا لو رهن دابة عليها سرج أو لجام دخل ذلك فى الرهن بحكم التبعية وعلى هذا يخرج ما اذا رهن جارية واستثنى ما فى بطنها أو بهيمة واستثنى ما فى بطنها انه لا يجوز الاستثناء ولا العقد أما الاستثناء فلانه لو جاز لكان المرهون مشغولا بما ليس بمرهون وأما العقد فلان استثناء ما فى البطن بمنزلة الشرط الفاسد والرهن تبطله الشروط الفاسدة كالبيع بخلاف الهبة ولو أعتق ما فى بطن جاريته ثم رهن الام أو دبر ما فى بطنها ثم رهن الام فالكلام فيه كالكلام فى الهبة وقد مر الكلام فى الهبة ومنها ان يكون المرهون منفصلا متميزا عما ليس بمرهون فان كان متصلا به غير متميز عنه لم يصح قبضه لان قبض المرهون وحده غير ممكن والمتصل به غير مرهون فاشبه رهن المشاع وعلى هذا الاصل يخرج ما اذا رهن الارض بدون البناء أو بدون الزرع والشجر أو الزرع والشجر بدون الارض أو الشجر بدون الثمر أو الثمر بدون الشجر انه لا يجوز سواء سلم المرهون بتخلية الكل أولا لان المرهون متصل بما ليس بمرهون وهذا يمنع صحة القبض ولو جد الثمر وحصد الزرع وسلم منفصلا جاز لان المانع من النفاذ قد زال ولو جمع بينهما فى عقد الرهن فرهنهما جميعا وسلم متفرقا جاز وان فرق الصفقة بان رهن الزرع ثم الارض أو الارض ثم الزرع ينظر ان جمع بينهما فى التسليم جاز الرهن فيهما جميعاً وان فرق لا يجوز فيهما جميعاً سواء قدم أو أخر بخلاف الفصل الاول لان المانع فى الفصلين مختلف

فالمانع

فالمانع من صحة القبض فى هذا الفصل هو الاتصال وانه لا يختلف والمانع من صحة القبض فى الفصل الاول هو الشغل وانه يختلف مثال هذا اذا رهن نصف داره مشاعا من رجل ولم يسلم اليه حتى رهنه النصف الباقى وسلم الكل انه يجوز ولو رهن النصف وسلم ثم رهن النصف الباقى وسلم لا يجوز كذا هذا وعلى هذا اذا رهن صوفا على ظهر غنم بدون الغنم انه لا يجوز لان المرهون متصل بما ليس بمرهون وهذا يمنع صحة القبض ولو جزه وسلمه جاز لان المانع قد زال وعلى هذا أيضا اذا رهن دابة عليها حمل بدون الحمل لا يجوز ولو رفع الحمل عنها وسلمها فارغة جاز لما قلنا بخلاف ما اذا رهن ما فى بطن جاريته أو ما فى بطن غنمه أو ما فى ضرعها أو رهن سمنا فى لبن أو دهنا فى سمسم أو زيتا فى زيتون أو دقيقا فى حنطة انه يبطل وان سلطه على قبضه عند الولادة أو عند استخراج ذلك فقبض لان العقد هناك لم ينعقد أصلا لعدم المحل لكونه مضافا الى المعدوم ولهذا لم ينعقد البيع المضاف اليها فكذا الرهن أما هنا فالعقد منعقد موقوف نفاذه على صحة التسليم بالفصل والتمييز فاذا وجد فقد زال المانع ولو رهن الشجر بمواضعه من الارض جاز لان قبضه ممكن ولو رهن شجرا وفيه ثمر لم يسمه فى الرهن دخل فى الرهن بخلاف البيع انه لا يدخل الثمر فى بيع الشجر من غير تسمية لانه قصد تصحيح الرهن ولا صحة له بدون القبض ولا صحة للقبض بدون دخول ما هو متصل به فيدخل تحت العقد تصحيحا له بخلاف البيع فانه يصح فى الشجر بدون الثمر ولا ضرورة الى ادخال الثمر للتصحيح ولو قال رهنتك هذه الدار أو هذه الارض أو هذا الكرم وأطلق القول ولم يخص شيأ دخل فيه كل ما كان متصلا به من البناء والغرس لان ذلك يدخل فى البيع مع ان القبض ليس من شرط صحته فلان يدخل فى الرهن أولى الا انه يدخل فيه الزرع والثمر ولا يدخل فى البيع لما ذكرنا بخلاف المتاع انه لا يدخل فى رهن الدار ويدخل الثمر فى رهن الشجر لان الثمر تابع للشجر والمتاع ليس بتابع للدار ولو استحق بعض المرهون بعد صحة الرهن ينظر الى الباقى ان كان الباقى بعد الاستحقاق مما يجوز رهنه ابتداء لا يفسد الرهن فيه وان كان مما لا يجوز رهنه ابتداء فسد الرهن فى الكل لانه لما استحق بعضه تبين ان العقد لم يصح فى القدر المستحق وانه لم يقع الا على الباقى فكأنه رهن هذا القدر ابتداء فينظر فيه ان كان محلا لابتداء الرهن يبقى الرهن فيه والا فيفسد فى الكل كما لو رهن هذا القدر ابتداء الا انه اذا بقى الرهن فيه يبقى بحصته حتى لو هلك الباقى يهلك بحصته من الدين وان كان فى قيمته وفاء بجميع الدين ولا يذهب جميع الدين واذا رهن الباقى ابتداء وفيه وفاء بالدين فهلك يهلك بجميع الدين وان شئت ان تجعل الحيازة شرطا مفردا وخرجت المشاع على هذا الاصل لانه مرهون متصل بما ليس بمرهون حقيقة فكان تخريجه عليه مستقيما فافهم ومنها أهلية القبض وهى العقل لانه يثبت به أهلية الركن وهو الايجاب والقبول فلان تثبت به أهلية الشرط أولى وأما تفسير القبض فالقبض عبارة عن التخلى وهو التمكن من اثبات اليد وذلك بارتفاع الموانع وانه يحصل بتخلية الراهن بين المرهون والمرتهن فاذا حصل ذلك صار الراهن مسلما والمرتهن قابضا وهذا جواب ظاهر الرواية وروى عن أبى يوسف انه يشترط معه النقل والتحويل فما لم يوجد لا يصير قابضا وجه هذه الرواية ان القبض شرط صحة الرهن قال الله تبارك وتعالى فرهان مقبوضة ومطلق القبض ينصرف الى القبض الحقيقى ولا يتحقق ذلك الا بالنقل فاما التخلى فقبض حكما لا حقيقة فلا يكتفى به وجه ظاهر الرواية ان التخلى بدون النقل والتحويل قبض فى العرف والشرع أما العرف فان القبض يرد على ما لا يحتمل النقل والتحويل من الدار والعقار يقال هذه الارض أو هذه القرية أو هذه الولاية فى يد فلان فلا يفهم منه الا التخلى وهو التمكن من التصرف وأما الشرع فان التخلى فى باب البيع قبض بالاجماع من غير نقل وتحويل دل ان التخلى بدون النقل والتحويل قبض حقيقة وشريعة فيكتفى به وأما بيان أنواع القبض فنقول وبالله التوفيق القبض نوعان نوع بطريق الاصالة ونوع بطريق النيابة أما القبض بطريق الاصالة فهو ان يقبض بنفسه لنفسه وأما القبض بطريق النيابة فنوعان نوع يرجع الى القابض ونوع يرجع الى نفس القبض أما الذى يرجع الى القابض فنحو قبض الاب والوصى عن الصبى وكذا قبض العدل يقوم مقام قبض

المرتهن حتى لوهلك الرهن فى يده كان الهلاك على المرتهن لان نفس القبض مما يحتمل النيابة ولان قبض الرهن قبض استيفاء الدين واستيفاء الدين مما يحتمل النيابة وأما الذى يرجع الى نفس القبض فهو ان المرهون اذا كان مقبوضا عند العقد فهل ينوب ذلك عن قبض الرهن فالاصل فيه ما ذكرنا فى كتاب البيوع والهبة ان القبضين اذا تجانسا ناب أحدهما عن الآخر واذا اختلفا ناب الاعلى عن الادنى وقد بينا فقه هذا الاصل وفروعه فيما تقدم وان شئت عددت الحيازة والفراغ والتميز من شرائط نفس العقد فقلت ومن شرائط صحة العقد ان يكون المرهون محوزا عندنا وبنيت المشاع عليه وان شئت قلت ومنها دوام القبض عندنا وعند الشافعى رحمه الله ليس بشرط وبنيت عليه المشاع (ولنا) فى اثبات هذا الشرط دليلان أحدهما قوله تعالى فرهان مقبوضة أخبر الله سبحانه وتعالى ان المرهون مقبوض فيقتضى كونه مقبوضا مادام مرهونا لان اخباره سبحانه وتعالى لا يحتمل الخلف والشيوع يمنع دوام القبض فيمنع صحة الرهن والثانى ان الله تبارك وتعالى سماه رهنا وكذا يسمى رهنا فى متعارف اللغة والشرع والرهن حبس فى اللغة قال الله تبارك وتعالى كل نفس بما كسبت رهينة أى حبيسة بكسبها فيقتضى ان يكون محبوسا مادام مرهونا والشياع يمنع دوام الحبس فيمنع جواز الرهن وسواء كان فيما يحتمل القسمة أو فيما لا يحتملها لان الشيوع يمنع ادامة القبض فيهما جميعا وسواء كان الشيوع مقارنا أو طارئا فى ظاهر الرواية لان كل ذلك يمنع دوام القبض وسواء كان الرهن من أجنبى أو من شريكه لانه لو جاز لامسكه الشريك يوما بحكم الملك ويوما بحكم الرهن فتختلف جهة القبض والحبس فلا يدوم القبض والحبس من حيث المعنى ويصير كانه رهنه يوما ويوما لا وذا لا يجوز وعلى هذا أيضا يخرج رهن ما هو متصل بعين ليس بمرهون لان اتصاله بعين المرهون يمنع من ادامة القبض عليه وانه شرط جواز الرهن ومنها ان يكون فارغا ماليس بمرهون ومنها ان يكون منفصلا مميزا عما ليس بمرهون وخرجت على كل واحد منهما مسائله التى ذكرنا فافهم (وأما) الذى يرجع الى المرهون به فأنواع منها ان يكون مضمونا والكلام فى هذا الشرط يقع فى موضعين احدهما فى أصل اشتراط الضمان والثانى فى صفة المضمون أما الاول فاصل الضمان هو كون المرهون به مضمونا شرط جواز الرهن لان المرهون عندنا مضمون بمعنى سقوط الواجب عند هلاكه أو بمعنى استيفاء الواجب ولسنا نعنى بالمضمون سوى ان يكون واجب التسليم على الراهن والمضمون نوعان دين وعين أما الدين فيجوز الرهن به باى سبب وجب من الاتلاف والغصب والبيع ونحوها لان الديون كلها واجبة على اختلاف أسباب وجوبها فكان الرهن بها رهنا بمضمون فيصح وسواء كان مما يحتمل الاستبدال قبل القبض أو لا يحتمله كرأس مال السلم وبدل الصرف والمسلم فيه وهذا عند أصحابنا الثلاثة وقال زفر لا يجوز الرهن بهذه الديون وجه قوله ان سقوط الدين عند هلاك الرهن بطريق الاستبدال على معنى ان عين الدين تصير بدلا عن الدين لا بطريق الاستيفاء لان الاستيفاء لا يتحقق الا عند المجانسة والرهن مع الدين يكونان مختلفى الجنس عادة فلا يكون القول بالسقوط بطريق الاستيفاء فتعين ان يكون بطريق الاستبدال فيختص جواز الرهن بما يحتمل الاستبدال وهذه الديون كما لا يجوز استبدالها فلا يجوز الرهن بها (ولنا) ان السقوط بطريق الاستيفاء لما نذكر فى حكم الرهن ان شاء الله تعالى واستيفاء هذه الديون ممكن وأما قوله الاستيفاء يستدعى المجانسة قلنا المجانسة ثابتة من وجه لان الاستيفاء يقع بمالية الرهن لا بصورته والاموال كلها فيما يرجع الى معنى المالية جنس واحد وقد يسقط اعتبار المجانسة من حيث الصورة ويكتفى بمطلق المالية للحاجة والضرورة كما فى اتلاف مالا مثل له من جنسه وقد تحققت الضرورة فى باب الرهن لحاجة الناس الى توثيق ديونهم من جانب الاستيفاء فامكن القول بالاستيفاء واذا جاز الرهن بهذه الديون فان هلك الرهن فى المجلس تم الصرف والسلم لانه صار مستوفيا عين حقه فى المجلس لا مستبدلا وان لم يهلك حتى افترقا بطلا لفوات شرط البقاء على الصحة وهو القبض فى المجلس وأما العين فنقول لا خلاف فى انه لا يجوز الرهن بالعين التى هى أمانة فى يد الراهن كالوديعة والعارية ومال المضاربة والبضاعة والشركة والمستأجر ونحوها فانها ليست بمضمونة أصلا

وأما العين المضمونة فنوعان نوع هو مضمون بنفسه وهو الذي يجب مثله عند هلاكه ان كان له مثل وقيمته ان لم يكن له
مثل كالمغصوب في يد الغاصب والمهر في يد الزوج و بدل الخلع في يد المرأة و بدل الصلح عن دم العمد في يد العاقلة ولا
خلاف في انه يجوز الرهن به وللمرتهن ان يحبس الرهن حتى يسترد العين فان هلك المرهون في يده قبل استرداد العين
والعين قائمة يقال للراهن سلم العين الى المرتهن وخذ منه الاقل من قيمة الرهن ومن الدين لان المرهون عندنا مضمون
بذلك فاذا وصل اليه العين يجب عليه رد قدر المضمون الى الراهن فان هلكت العين والرهن قائم صار الرهن بها رهنا
بقيمتها حتى وهلك الرهن بعد ذلك يهلك مضمونا بالاقل من قيمته وقيمة العين لان قيمة العين بدلها و بدل
الشيء قائم مقامه كانه هو وأما الذي هو مضمون بغيره لا بنفسه كالمبيع في يد البائع ليس هو مضمونا بنفسه الا ترى انه لو
هلك في يده لا يضمن شيأ بل هو مضمون بغيره وهو الثمن حتى يسقط الثمن المشتري اذا هلك فهل يجوز الرهن به ذكر في
كتاب الصرف انه يجوز وله ان يحبسه حتى يقبض المبيع وان هلك في يده قبل القبض يهلك بالاقل من قيمته ومن قيمة
المبيع ولا يصير قابضاً للمبيع بهلاكه وله أن يقبض المبيع اذا أوفى ثمنه وعليه أيضا ضمان الاقل بهلاك الرهن ولو هلك
المبيع قبل القبض والرهن قائم بطل البيع لان اهلاك المبيع قبل القبض يوجب بطلان المبيع وعلى المشتري أن يرد
الرهن على البائع ولو هلك في يده قبل الرد هلك بضمانه وهو الاقل من قيمته ومن قيمة المبيع للبائع ولا يبطل ضمانه بهلاك
المبيع و بطلان البيع لانه وان هلك المبيع فقد سقط الثمن بمقابلته فكان بطلانه بعوض فلا يبطل ضمانه وروى الحسن
عن ابي حنيفة انه لا يصح الرهن و به اخذ الكرخي وجه رواية الحسن ان قبض الرهن قبض استيفاء المرهون
ولا يتحقق معنى الاستيفاء في المضمون بغيره لان المشتري لا يصير مستوفياً شيأ بهلاك الرهن انما يسقط عنه الثمن
لا غير (وجه) ظاهر الرواية ان الاستيفاء ههنا يحصل من حيث المعنى لان المبيع قبل القبض ان لم يكن مضمونا بالقيمة
فهو مضمون بالثمن ألا ترى انه لو هلك يسقط الثمن عن المشتري فكان سقوط الثمن عنه كالعوض عن هلاك المبيع
فيحصل مستوفيا مالية المبيع من الرهن من حيث المعنى فكان في معنى المضمون بنفسه فيصح الرهن به ولو تزوج
امرأة على دراهم بعينها أو اشترى شيأ بدراهم بعينها فاعطى بها رهنا لم يجز عند أصحابنا الثلاثة رضي الله عنهم وعند زفر
يجوز بناء على ان الدراهم والدنانير لا تتعين في عقود المعاوضات وان عينت فكان الواجب على الراهن مثلها
لا عينها فلم يكن المعين مضمونا فلم يجز الرهن به وعنده يتعين بالتعيين بمنزلة العوض فكان المعين مضمونا فجاز الرهن به
ولا يجوز الرهن بالكفالة بالنفس لان المكفول به ليس بمضمون على الكفيل ألا ترى أنه لو هلك لا يجب على
الراهن شيء ولا يسقط عن المرتهن بمقابلته ولا يجوز الرهن بالشفعة لان الشفعة ليست بمضمونة على المشتري بدليل
أنه لو هلك لا يجب عليه شيء ولا يسقط عن المرتهن شيء بمقابلته فكان رهنا بما ليس بمضمون فلم يجز ولا يجوز
الرهن بالعبد الجاني والعبد المديون لانه لو هلك لا يجب على المولى شيء ولا يسقط عن المرتهن شيء بمقابلته فلم يكن
مضمونا أصلا فلا يصح الرهن به ولا يجوز الرهن باجرة النائحة والمغنية بان استأجر مغنية أو نائحة وأعطاهما بالاجرة
رهنا لان الاجارة لم تصح فلم تجب الاجرة فكان رهنا بما ليس بمضمون فلم يجز ولو دفع الى رجل رهنا ليقرضه فهلك
الرهن قبل أن يقرضه يهلك مضمونا بالاقل من قيمته ومما سمى من القرض وان حصل الارتهان بما ليس بمضمون
لكنه في حكم المضمون لانه قبض الرهن ليقرضه فكان قبض الرهن على جهة الضمان والمقبوض على جهة شيء
كالمقبوض على حقيقته في الشرع كالمقبوض على سوم الشراء (وأما) صفة المضمون فنوعان (أحدهما) متفق
عليه (والثاني) مختلف فيه أما المتفق عليه هو أن يكون مضمونا في الحال فلا يصح الرهن بما يصير مضمونا في الثاني
كالرهن بالدرك بان باع شيأ وقبض الثمن وسلم المبيع الى المشتري فخاف المشتري الاستحقاق فاخذ بالثمن من
البائع رهنا قبل الدرك لا يجوز حتى لا يملك الحبس سواء وجد الدرك أو لم يوجد ولو هلك يهلك أمانة سواء وجد الدرك
أو لم يوجد وكذا الارتهان بما يثبت له على الراهن في المستقبل لا يجوز بخلاف الكفالة فان الكفالة بما يصير مضمونا في

الثانى جائزة كما اذا كفل بما يذوب له على فلان ونحو ذلك لان الارتهان استيفاء من وجه للحال ولا شىء للحال يستوفى واستيفاء المعدوم محال بخلاف الكفالة ولان الرهن والارتهان لما كان من باب الايفاء والاستيفاء أشبه البيع فلا يحتمل الاضافة الى المستقبل كالبيع ولان القياس يأبى جوازهما جميعاً لان كل واحد منهما يستدعى مضموناً الا أن الجواز فى الكفالة لتعامل الناس ولا تعامل فى الرهن فيبقى الامر فيه على أصل القياس وبخلاف ما اذا دفع الى انسان رهناً ليقرضه ان الرهن يكون مضموناً وان كان ذلك رهناً بما ليس بمضمون فى الحال لان له حكم المضمون وان لم يكن مضموناً حقيقة لوجود القبض على جهة الضمان والمقبوض على جهة شىء بمنزلة المقبوض على حقيقة كالمقبوض على سوم الشراء ولم يوجد هنا ولو قال لآخر ضمنت لك مالك على فلان اذا حل يجوز أخذ الكفيل والرهن به ولو قال اذا قدم فلان فانا ضامن مالك عليه لم يجز أخذ الرهن به ويجوز أخذ الكفيل والفرق ان فى المسئلة الاولى الكفالة والرهن كل واحد منهما أضيف الى مضمون فى الحال لان الدين المؤجل واجب قبل حلول الاجل على طريق التوسع وانما تأثير التأجيل فى تأخير المطالبة بخلاف الرهن بضمان الدرك لانه لا مضمون هنالك للحال ولا ماله حكم المضمون بخلاف ما اذا قال اذا قدم فلان فانا ضامن مالك عليه لان ذلك تعليق الضمان بقدوم فلان فكان عدما قبل وجود الشرط فلم توجد الاضافة الى مضمون للحال فبطل الرهن وصحت الكفالة لانها لا تستدعى مضموناً فى الحال بل فى الجملة على ما مر وأما المختلف فيه فهو ان الشرط كونه مضموناً ظاهراً أو باطناً أو كونه مضموناً من حيث الظاهر يكفى لجواز الرهن ذكر محمد فى الجامع ما يدل على ان كونه مضموناً فى الظاهر كاف ولا يشترط كونه مضموناً حقيقة فانه قال اذا ادعى على رجل ألفاً وهى قرض عليه فجحد المدعى عليه ثم انه صالح المدعى من ذلك على خمسمائة وأعطاه بها رهناً يساوى خمسمائة ثم تصادقا على ان ذلك المال كان باطلا وانه لم يكن للمدعى عليه شىء ثم هلك الرهن فى يده كان على المرتهن أن يرد على الراهن خمسمائة لان الدين كان ثابتاً على الراهن من حيث الظاهر ألا ترى أنهما لو اختصما الى القاضى قبل أن يتصادقا ان القاضى يجبر المدعى عليه على ايفاء الخمسمائة فكان هذا رهناً بما هو مضمون ظاهراً فيصح يدل عليه أن الرهن بجهة الضمان جائز على ما ذكرنا فلأن يجوز بالضمان الثابت من حيث الظاهر أولى وروى عن أبى يوسف انه لا يضمن شيأ لانهما لما تصادقا على أنه لم يكن عليه شىء تبين ان الرهن حصل بما ليس بمضمون أصلا فلم يصح وكذا ذكر فى الجامع اذا اشترى من رجل عبداً بألف درهم وقبض العبد وأعطاه بالألف رهناً يساوى ألفاً فهلك الرهن عند المرتهن ثم قامت البينة على ان العبد حر أو استحق العبد من يده يهلك مضموناً لان الألف كانت مضمونة على الراهن ظاهراً فقد حصل الارتهان بدين مضمون عليه من حيث الظاهر فجاز وكذا لو اشترى شاة مذبوحة بعشرة دراهم أو اشترى دنا من خل وأعطاه بالثمن رهناً فهلك الرهن ثم علم ان الشاة ميتة والخل خمر فالرهن مضمون لما قلنا وكذا لو قتل عبداً انسان خطأ وأعطاه بقيمته رهناً ثم علم ان العبد حر كان المرهون مضموناً بالاقل من قيمته ومن قيمة العبد لما ذكرنا وعلى قياس ما روى عن أبى يوسف ينبغى أن لا يضمن فى هذه المسائل أيضا لانه تبين ان الارتهان حصل بما ليس بمضمون حقيقة فلم يصح ولو ادعى المستودع أو المضارب هلاك الوديعة أو المضاربة وادعى رب المال عليهما الاستهلاك وتصالحا على مال واخذ رب المال بالمال رهناً من المستودع فهلك عنده ثم تصادقا على ان الوديعة هلكت عنده يضمن المرتهن عند محمد وعند أبى يوسف لا يضمن وهذا الاختلاف بناء على اختلافهما فى صحة الصلح فعند محمد لما صح الصلح كان رهناً بمضمون من حيث الظاهر فيصح وعند أبى يوسف لما لم يصح فقد حصل الرهن بما ليس بمضمون حقيقة فلم يصح (ومنها) أن يكون محتملا للاستيفاء من الرهن فان لم يحتمل لم يصح الرهن به لان الارتهان استيفاء وعلى هذا يخرج الرهن بالقصاص فى النفس وما دونها انه لا يجوز لانه لا يمكن استيفاء القصاص من الرهن ويجوز الرهن بأرش الجناية لان استيفاءه من الرهن ممكن فصح الرهن به وعلى هذا أيضاً يخرج الرهن بالشفعة انه لا يصح لان حق الشفعة لا يحتمل الاستيفاء من الرهن فلم يصح الرهن به وعلى هذا

ايضا

أيضا يخرج الرهن بالكفالة بالنفس فانه لا يجوز لان المكفول به مما لا يحتمل الاستيفاء من الرهن

﴿ فصل ﴾ وأما حكم الرهن فنقول وبالله التوفيق الرهن نوعان صحيح وفاسد (أما) الاول فله أحكام بعضها يتعلق بحال قيام المرهون وبعضها يتعلق بحال هلاكه (أما) الذى يتعلق بحال قيامه فعندنا ثلاثة الاول ملك حبس المرهون على سبيل الدوام الى وقت الفكاك أوملك العين فى حق الحبس على سبيل الدوام الى وقت الفكاك وكون المرتهن أحق بحبس المرهون على سبيل اللزوم الى وقت الفكاك والعبارات متفقة المعانى فى متعارف الفقهاء (والثانى) اختصاص المرتهن ببيع المرهون أو اختصاصه بثمنه وهذان الحكمان أصليان للرهن عندنا (والثالث) وجوب تسليم المرهون عند الافتكاك وقال الشافعى رحمه الله الحكم الاصلى للرهن واحد وهو كون المرتهن أحق ببيع المرهون وأخص بثمنه من بين سائر الغرماء (فاما) حق حبس المرهون فليس بحكم لازم حتى ان المرهون ان كان شيأ يمكن الانتفاع به بدون استهلاكه كان للراهن أن يسترده من يد المرتهن فينتفع به فاذا فرغ من الانتفاع رده اليه وان كان شيأ لا يمكن الانتفاع به الا باستهلاكه كالمكيل والموزون فليس للراهن أن يسترده من يده احتج بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لا يغلق الرهن لا يغلق الرهن لا يغلق الرهن هو لصاحبه الذى رهنه له غنمه وعليه غرمه أخبر عليه الصلاة والسلام ان الرهن لا يغلق أى لا يحبس وعندكم يحبس فكان حجة عليكم وكذا أضاف عليه الصلاة والسلام الرهن الى الراهن بلام التمليك وسماه صاحباً له على الاطلاق فيقتضى أن يكون هو المالك للرهن مطلقاً رقبة وانتفاعا وحبسا ولان الرهن شرع توثيقاً للدين وملك الحبس على سبيل الدوام يضاد معنى الوثيقة لانه يكون فى يده دائما وعسى يهلك فيسقط الدين فكان توهينا للدين لا توثيقاً له ولان فيما قلتم تعطيل العين المنتفع بها فى نفسها من الانتفاع لان المرتهن لا يجوز له الانتفاع بالرهن أصلا والراهن لا يملك الانتفاع به عندكم فكان تعطيلا والتعطيل تسييب وأنه من أعمال الجاهلية وقد نفاه الله تبارك وتعالى بقوله ما جعل الله من بحيرة ولا سائبة (ولنا) قوله تعالى وان كنتم على سفر ولم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضة أخبر الله تعالى بكون الرهن مقبوضاً واخباره سبحانه وتعالى لا يحتمل الخلل فاقتضى أن يكون المرهون مقبوضاً ما دام مرهونا ولان الرهن فى اللغة عبارة عن الحبس قال الله عز وجل كل امرئ بما كسب رهين أى حبيس فيقتضى أن يكون المرهون محبوساً ما دام مرهونا ولو لم يثبت ملك الحبس على الدوام لم يكن محبوساً على الدوام فلم يكن مرهونا ولان الله تعالى لما سمى العين التى ورد العقد عليها رهناً وأنه ينبئ عن الحبس لغة كان ما دل عليه اللفظ لغة حكما له شرعا لان للاسماء الشرعية دلالات على أحكامها كلفظ الطلاق والعتاق والحوالة والكفالة ونحوها ولان الرهن شرع وثيقة بالدين فيلزم أن يكون حكمه ما يقع به التوثيق للدين كالكفالة وانما يحصل التوثيق اذا كان يملك حبسه على الدوام لانه يمنعه عن الانتفاع فيحمله ذلك على قضاء الدين فى أسرع الاوقات وكذا يقع الامن عن تواء حقه بالجحود والانكار على ما عرف ولا حجة له فى الحديث لان معنى قوله عليه الصلاة والسلام لا يغلق الرهن أى لا يملك بالدين كذا قاله أهل اللغة غلق الرهن أى ملك بالدين وهذا كان حكما جاهلياً فرده رسول الله صلى الله عليه وسلم وقوله عليه الصلاة والسلام هو لصاحبه الذى رهنه تفسير لقوله لا يغلق الرهن وقوله عليه الصلاة والسلام له غنمه أى زوائده وعليه غرمه أى نفقته وكفنه وقوله ان ما شرع له الرهن لا يحصل بما قلتم لانه يتوى حقه بهلاك الرهن قلنا على أحد الطريقين لا يتوى بل يصير مستوفياً والاستيفاء ليس بهلاك الدين (وأما) على الطريق الآخر فالهلاك ليس بغالب بل قد يكون وقد لا يكون واذا هلك فالهلاك ليس يضاف الى حكم الرهن لان حكمه ملك الحبس لا نفس الحبس وقوله فيه تسييب ممنوع فان بعقد الرهن مع التسليم يصير الراهن موفياً دينه فى حق الحبس والمرتهن يصير مستوفياً فى حق الحبس والايفاء والاستيفاء من منافع الرهن واذا عرف حكم الرهن فى حال قيامه فيخرج عليه المسائل المتعلقة به (أما) على الحكم الاول وهو ملك الحبس فالمسائل المتعلقة بهذا الحكم بعضها يتعلق بنفس الحكم وبعضها يتعلق بكيفيته أما الذى يتعلق بنفس الحكم فنقول وبالله التوفيق

ليس للراهن أن ينتفع بالمرهون استخداما وركوبا ولبسا وسكنى وغير ذلك لان حق الحبس ثابت للمرتهن على سبيل الدوام وهذا يمنع الاسترداد والانتفاع وليس له أن يبيعه من غير المرتهن بغير اذنه لما فيه من ابطال حقه من غير رضاه ولو باعه توقف نفاذ البيع على اجازة المرتهن ان أجاز جاز لان عدم النفاذ لمكان حقه فاذا رضى ببطلان حقه زال المانع فنفذ وكان الثمن رهناً سواء شرط المرتهن عند الاجازة كونه رهنا أولا فى جواب ظاهر الرهن وروى عن أبى يوسف أنه لا يكون رهناً الا بالشرط لان الثمن ليس بمرهون حقيقة بل المرهون هو المبيع وقد زال حقه عنه بالبيع الا أنه اذا شرط عند الاجازة أن يكون مرهونا فلم يرض بزوال حقه عنه الا ببدل واذا لم يوجد الشرط زال حقه أصلا (وجه) ظاهر الرواية ان الثمن بدل المرهون فيقوم مقامه وبه تبين انه ما زال حقه بالبيع لانه زال الى خلف والزائل الى خلف قائم معنى فيقام الخلف مقام الاصل وسواء قبض الثمن من المشترى أو لم يقبضه لانه يقوم مقام ما كان مقبوضاً وان رده بطل لما قلنا وليس له أن يهبه من غيره أو يتصدق به على غيره بغير اذنه لما ذكرنا ولو فعل توقف على اجازة المرتهن ان رده بطل وله أن يعيده رهناً وان أجازه جازت الاجازة لما قلنا وبطل عقد الرهن لانه زال عن ملكه لا الى خلف بخلاف البيع وليس له أن يؤاجره من أجنبى بغير اذن المرتهن لان قيام ملك الحبس له يمنع الاجازة ولان الاجازة بعقد الانتفاع وهو لا يملك الانتفاع به بنفسه فكيف يملكه غيره ولو فعل وقف على اجازته فان رده بطل وان أجاز جازت الاجازة لما قلنا وبطل عقد الرهن لان الاجازة اذا جازت وانها عقد لازم لا يبقى الرهن ضرورة والاجرة للراهن لانها بدل منفعة مملوكة له وولاية قبض الاجرة له أيضا لانه هو العاقد ولا تكون الاجرة رهناً لان الاجرة بدل المنفعة والمنفعة ليست بمرهونة فلا يكون بدلها مرهونا (فاما) الثمن فى باب البيع فبدل المبيع وأنه مرهون فجاز أن يكون بدله مرهونا وكذلك لو آجره من المرتهن صحت الاجارة وبطل الرهن اذا جدد المرتهن القبض للاجارة (أما) صحة الاجارة وبطلان الرهن فلما ذكرنا (وأما) الحاجة الى تجديد القبض فلان قبض الرهن دون قبض الاجارة فلا ينوب عنه ولو هلك فى يده قبل انقضاء مدة الاجارة أو بعد انقضائها يهلك أمانة ان لم يوجد منع من الراهن وان منعه الراهن ثم هلك بعد انقضاء مدة الاجارة ضمن كل قيمته لانه صار غاصباً بالمنع وليس له أن يعيره من أجنبى بغير اذن المرتهن لما ذكرنا فلو أعار وسلم فللمرتهن أن يبطل الاعارة ويعيده رهناً وان أجاز جاز ولا يبطل الرهن ولكن يبطل ضمانه وكذا اذا أعاره باذن المرتهن بخلاف ما اذا آجره فاجاز المرتهن أو آجره باذنه أنه يبطل الرهن لان الاجارة عقد لازم ألا ترى ان أحد العاقدين لا ينفرد بالفسخ من غير عذر فكان من ضرورة جوازها بطلان الرهن فاما الاعارة فليست بلازمة لان للمعير ولاية الاسترداد فى أى وقت شاء فجوازها لا يوجب بطلان عقد الرهن الا أنه يبطل ضمان الرهن لما نذكر فى موضعه ان شاء الله تعالى وكذا ليس للمرتهن أن ينتفع بالمرهون حتى لو كان الرهن عبدا ليس له أن يستخدمه وان كان دابة ليس له أن يركبها وان كان ثوبا ليس له أن يلبسه وان كان داراً ليس له أن يسكنها وان كان مصحفاً ليس له أن يقرأ فيه لان عقد الرهن يفيد ملك الحبس لا ملك الانتفاع فان انتفع به فهلك فى حال الاستعمال يضمن كل قيمته لانه صار غاصبا وليس له أن يبيع الرهن بغير اذن الراهن لان الثابت له ليس الا ملك الحبس فاما ملك العين فللراهن والبيع تمليك العين فلا يملكه المرتهن من غير اذن الراهن ولو باع من غير اذنه وقف على اجازته فان أجازه جاز وكان الثمن رهنا وكذا اذا باع باذنه جاز وكان ثمنه رهنا سواء قبضه من المشترى أو لم يقبضه ولو هلك كان الهلاك على المرتهن وهذا يشكل على الشرط الذى ذكرنا لجواز الرهن وهو أن لا يكون المرهون دينا والثمن دينا فى ذمة المشترى فكيف يصلح رهنا (والجواب) أن الدين يصلح رهنا فى حال البقاء وان كان لا يصلح ابتداء لانه فى حالة البقاء بدل المرهون وبدل المرهون مرهون لانه قائم مقام المرهون كانه هو بخلاف حالة الابتداء وان رد بطل وعاد المبيع رهنا كما كان ولو هلك فى يد المشترى قبل الاجازة لم يجز الاجازة لان قيام المعقود عليه شرط صحة الاجازة والراهن بالخيار ان شاء ضمن المرتهن وان شاء ضمن

المشترى

المشترى لان كل واحد منهما صار غاصبا للمرتهن بالتسليم والمشترى بالقبض فان ضمن المرتهن جاز البيع والثمن للمرتهن وكان الضمان رهنا لانه ملكه بالضمان فتبين أنه باع ملك نفسه فجاز وكان الثمن له لانه بدل ملكه والضمان يكون رهنا لانه بدل المرهون فيكون مرهونا وقيل انما يجوز البيع بتضمين المرتهن اذا سلم الرهن الى المشترى أولا ثم باعه منه فأما اذا باعه ثم سلمه فانه لا يجوز لان سبب ثبوت الملك هو التسليم لانه سبب وجوب الضمان وملك المضمون بملك الضمان والتسليم وجد بعد البيع فلا يجوز البيع كما اذا باع مال غيره بغير اذنه ثم اشتراه منه أنه لا يجوز بيعه كذا هذا وليس فى ظاهر الرواية هذا التفصيل ولو ضمن المشترى بطل البيع لان بتضمين المشترى لم يتبين أن المرتهن باع مال نفسه والضمان يكون رهنا لانه بدل المرهون و يرجع المشترى على البائع بالثمن لان البيع لم يصح وليس له ان يرجع بالضمان عليه وليس له أن يهبه أو يتصدق به بغير اذن الراهن لان الهبة والتصدق تمليك العين والثابت للمرتهن ملك الحبس لا ملك العين فلا يملكها كما لا يملك البيع فان فعل وقف على اجازة الراهن ان أجاز جاز و بطل الرهن وان رد عاد رهنا كما كان ولو هلك فى يد الموهوب له أو المتصدق عليه قبل الاجازة فالراهن بالخيار ان شاء ضمن المرتهن وان شاء ضمن الموهوب له والمتصدق عليه لما ذكرنا وأيهما ضمن لا يرجع بالضمان على صاحبه أما المرتهن فلا شك فيه لانه ملك المرهون بالضمان فتبين أنه وهب أو تصدق بملك نفسه (وأما) الموهوب له والمتصدق عليه فلان الرجوع بالضمان بحكم الضرر وأنه لا يتحقق فى الهبة والصدقة بخلاف البيع والاجارة وليس له أن يؤاجره من غير الراهن بغير اذنه لان الاجارة تمليك المنفعة والثابت له ملك الحبس لا ملك المنفعة فكيف يملكها من غيره فان فعل وقف على اجازة الراهن فان أجاز جاز و بطل الرهن لما ذكرنا فيما تقدم وكانت الاجرة للراهن ولا تكون رهنا لما مر وولاية قبضها للمرتهن لان القبض من حقوق العقد والعاقد هو المرتهن ولا يعود رهنا اذا انقضت مدة الاجارة لان العقد قد بطل فلا يعود الا بالاستئناف وان رد بطل وأعاده رهنا كما كان ولو أجره بغير اذن الراهن وسلمه الى المستأجر فهلك فى يده فالراهن بالخيار ان شاء ضمن المرتهن قيمته وقت التسليم الى المستأجر وان شاء ضمن المستأجر لوجود سبب وجوب الضمان من كل واحد منهما وهو التسليم والقبض غير أنه ان ضمن المرتهن لا يرجع بالضمان على المستأجر لكنه يرجع عليه باجرة قدر المستوفى من المنافع الى وقت الهلاك لانه ملكه بالضمان فتبين أنه آجر ملك نفسه فصح وكانت الاجرة له لانها بدل منفعة مملوكة له الا انها لا تطيب له وان ضمن المستأجر فالمستأجر يرجع بما ضمن على المرتهن لانه صار مغرورا من جهته فيرجع عليه بضمان الغرور وهو ضمان الكفالة ولا أجرة عليه لان الاجرة والضمان لا يجتمعان ولو سلم واسترده المرتهن عاد رهنا كما كان لانه لما استرده فقد عاد الى الوفاق بعد ما خالف فاشبه المودع اذا خالف فى الوديعة ثم عاد الى الوفاق والاجر للمرتهن لكن لا يطيب له كالغاصب اذا آجر المغصوب وليس له أن يعير الرهن من غير الراهن بغير اذنه لما ذكرنا فى الاجارة فان أعاره وسلمه الى المستعير فللراهن أن يبطل الاعارة فان هلك فى يد المستعير فالراهن بالخيار ان شاء ضمن المرتهن وان شاء ضمن المستعير وأيهما ضمن لا يرجع على صاحبه و يكون الضمان رهنا (أما) عدم الرجوع على المرتهن فلانه ملكه بالضمان فتبين أنه أعار ملكه (وأما) المستعير فلان الرجوع بالغرر ولم يوجد بخلاف الاجارة (وأما) كون الضمان رهنا فلانه بدل المرهون فيكون مرهونا وان سلم واسترده من المستعير عاد رهنا كما كان لانه عاد الى الوفاق فالتحق الخلاف فيه بالعدم ولو أعاره باذن الراهن أو بغير اذنه وأجاز جاز ولا يبطل الرهن لكن يبطل ضمان الرهن لما نذكر بخلاف الاجارة فانها تبطل الرهن وقد مر الفرق وليس له أن يرهنه بغير اذن الراهن لانه لم يرض بحبس غيره فان فعل فللراهن الاول أن يبطل الرهن الثانى و يعيده الى يد المرتهن الاول لان الرهن الثانى لم يصح فلو هلك فى يد المرتهن الثانى قبل الاعادة الى الاول فالراهن الاول بالخيار ان شاء ضمن المرتهن الاول وان شاء ضمن المرتهن الثانى فان ضمن المرتهن الاول جاز الرهن الثانى لانه ملكه المرتهن الاول بالضمان فتبين أنه رهن ملك نفسه ولو هلك فى يد المرتهن

الثانى يهلك بالدين فكان ضمانه رهنا لانه بدل المرهون وان ضمن المرتهن الثانى بطل الرهن الثانى ويكون الضمان رهنا على المرتهن الاول لكونه بدل المرهون ويرجع المرتهن الثانى على المرتهن الاول بما ضمن وبدينه (أما) الرجوع بالضمان فلانه صار مغرورا من جهته فيرجع عليه (وأما) الرجوع بدينه فلان الرهن الثانى لم يصح فيبقى دينه عليه كما كان وان رهن عند الثانى باذن الراهن الاول جاز الرهن الثانى وبطل الرهن الاول (أما) جواز الرهن الثانى فلان المانع من الجواز قد زال باذن الراهن الاول فاذا أجاز الثانى بطل الاول ضرورة وصار كان المرتهن الاول استعار مال الراهن الاول ليرهنه بدينه فرهنه وليس له أن يودعه عند أجنبى ليس فى عياله لان الراهن لم يرض الا بيده أو بيد من يده فى معنى يده ويد الاجنبى الذى ليس فى عياله ليست فى معنى يده فان فعل وهلك فى يد المودع ضمن كل قيمته لانه صار غاصبا بالايداع وله أن يدفعه الى من هو فى عياله كزوجته وخادمه وأجيره الذى يتصرف فى ماله لان يد هؤلاء كيده الا ترى أنه يحفظ مال نفسه بيدهم فكان الهالك فى أيديهم كالهالك فى يده والاصل فى هذا أن للمرتهن ان يفعل فى الرهن ما يعد حفظا له وليس له أن يفعل ما يعد استعمالا له وانتفاعا به وعلى هذا يخرج ما اذا ارتهن خاتما فجعله فى خنصره فهلك ضمن كل قيمته لان التختم بالخنصر مما يتجمل به عادة فكان استعمالا له وهو مأذون فى الحفظ لا فى الاستعمال ويستوى فيه اليمنى واليسرى لان الناس يختلفون فى التجمل بهذا النوع منهم من يتجمل بالتختم فى اليمنى ومنهم من يتجمل به فى اليسرى فكان كل ذلك استعمالا ولو جعله فى بقية الاصابع فهلك يهلك هلاك الرهن لان التختم بها غير معتاد فكان حفظا لا استعمالا ولو لبس خاتما فوق خاتم فهلك يرجع فيه الى العرف والعادة فان كان اللابس ممن يتجمل بخاتمين يضمن لانه مستعمل له وان كان ممن لا يتجمل به يهلك بما فيه لانه حافظ اياه ولو رهنه سيفين فتقلدهما يضمن ولو كانت السيوف ثلاثة فتقلدها لم يضمن لان التقلد بسيفين معتاد فى الجملة فكان من باب الاستعمال (فأما) بالثلاثة فليس بمعتاد فكان حفظا لا استعمالا وان كان الرهن طيلسانا أو قباء فلبسه لبسا معتادا يضمن وان جعله على عاتقه فهلك يهلك رهنا لان الاول استعمال والثانى حفظ وله أن يبيع ما يخاف الفساد عليه باذن القاضى لان بيع ما يخاف عليه الفساد من باب الحفظ فله أن يبيعه لكن باذن القاضى له لان له ولاية فى مال غيره فى الجملة فان باع بغير اذنه ضمن لانه لا ولاية له عليه واذا باع بامر الحاكم كان ثمنه رهنا فى يده لانه بدل المرهون فيكون رهنا وله أن يطالب الراهن بايفاء الدين مع قيام عقد الرهن اذا لم يكن الدين مؤجلا لان الرهن شرع لتوثيق الدين وليس من الوثيقة سقوط المطالبة بايفاء الدين ولو طالب المرتهن الراهن بحقه فقال الراهن بعه واستوف حقك فقال المرتهن لا أريد البيع ولكن أريد حقى فله ذلك لان الرهن وثيقة وبالبيع يخرج عن كونه رهنا فيبطل معنى الوثيقة فله أن يتوثق باستيفائه الى استيفاء الدين ولو قال الراهن للمرتهن ان جئتك بحقك الى وقت كذا والا فهو لك بدينك أو بيع بحقك لم يجز وهو رهن على حاله لان هذا تعليق التمليك بالشرط وأنه لا يتعلق بالشرط وليس للقاضى أن يبيع الرهن بدين المرتهن من غير رضا الراهن لكنه يحبس الراهن حتى يبيعه بنفسه عند أبى حنيفة عليه الرحمة وعندهما له أن يبيعه عليه وهى مسئلة الحجر على الحر وقد ذكرناها فى كتاب الحجر وكذلك ليس للعدل أن يبيع الرهن كما ليس للراهن ولا للمرتهن ذلك والكلام فى العدل فى ثلاثة مواضع أحدها فى بيان ما للعدل أن يفعله فى الرهن وما ليس له أن يفعله فيه والثانى فى بيان من يصلح عدلا فى الرهن ومن لا يصلح والثالث فى بيان ما ينعزل به العدل يخرج عن الوكالة وما لا ينعزل (أما) الاول فنقول وبالله التوفيق للعدل أن يمسك الرهن بيده وبيد من يحفظ ماله بيده وليس له أن يدفعه الى المرتهن بغير اذن الراهن ولا الى الراهن بغير اذن المرتهن قبل سقوط الدين لان كل واحد منهما لم يرض بيد صاحبه حيث وضعاه فى يد العدل ولو دفعه الى أحدهما من غير رضا صاحبه فلصاحبه أن يسترده ويعيده الى يد العدل كما كان ولو هلك قبل الاسترداد ضمن العدل قيمته لانه صار غاصبا بالدفع وليس له أن ينتفع

بالرهن ولا أن يتصرف فيه بالاجارة والاعارة والرهن وغير ذلك لان الثابت له بالوضع فى يده هو حق الامساك لا الانتفاع والتصرف وليس له أن يبيعه لما قلنا الا اذا كان مسلطا على بيعه فى عقد الرهن أو متأخرا عنه فله أن يبيعه لانه صار وكيلا بالبيع الا أن التسليط اذا كان فى العقد لا يملك عزله من غير رضا المرتهن واذا كان متأخراً عن العقد يملك لما ذكرنا وله ان يبيع الزيادة المتولدة من الرهن لكونها مرهونة تبعا للاصل وكذا له أن يبيع ماهو قائم مقام الرهن نحو ان كان الرهن عبدا فقتله عبد اوفقأ عينه لانه اذا اقام مقامه جعل كان الاول قائم ثم اذا سلطه على البيع مطلقا فله أن يبيعه باى جنس كان من الدراهم والدنانير وغيرهما وباى قدر كان بمثل قيمته أو بأقل منه قدر مايتغابن الناس فيه و بالنقد والنسيئة عند أبى حنيفة وله أن يبيع قبل حلول الاجل لان الامر بالبيع مطلق واذا باع كان الثمن رهنا عنده الى أن يحل الاجل لان ثمن المرهون مرهون فاذا حل الاجل أو فى دين المرتهن ان كان من جنسه وان سلط على البيع عند المحل لم يكن له أن يبيعه قبله لما قلنا ولو كان الرهن بالمسلم فيه فسلطه على البيع عند المحل فله أن يبيعه بجنس المسلم فيه وغيره عند أبى حنيفة وعندهما يبيعه بالدراهم والدنانير و بجنس المسلم فيه وهى مسئلة الوكيل بالبيع المطلق أنه يبيع باى ثمن كان عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف ومحمد ليس له أن يبيع بما لا يتغابن الناس فيه ولا بالنسيئة ولا بغير الدراهم والدنانير الا أنهما جوزا ما فى مسئلة السلم بجنس المسلم فيه لان الامر بالبيع لقضاء الدين من ثمنه والجنس أقرب الى القضاء منه ولو نهاه الراهن عن البيع بالنسيئة فان نهاه عند عقد الرهن ليس له أن يبيع بالنسيئة لان التوكيل حصل مقيداً فيلزمه مراعاة القيد متأخرا اذا كان التقييد مفيدا وهذا النوع من التقييد مفيد ولو نهاه متأخراً عن العقد لم يصح نهيه لان التقييد المتراخى ابطال من حيث الظاهر كالتخصيص المتراخى عن النص العام عند بعض مشايخنا حتى جعلوه فسخا لا بيانا واذا كان ابطالا لا يملكه الراهن كما لا يملك ابطال الوكالة الثابتة عند العقد بالعزل ثم اذا باع العدل الرهن خرج عن كونه رهنا لانه صار ملكا للمشترى وصار ثمنه هو الرهن لانه قام مقامه سواء كان مقبوضا أو غير مقبوض حتى لو توى عند المشترى كان على المرتهن و يهلك بالاقل من قدر الثمن ومن الدين ولا ينظر الى قيمة المبيع بل ينظر الى الثمن بعد البيع لان الرهن انتقل الى الثمن وخرج المبيع عن كونه رهنا فتعتبر قيمة الرهن ثم ان باعه بجنس الدين قضى دين المرتهن منه وان باعه بخلاف جنسه باع الثمن بجنس الدين وقضى الدين منه لانه مسلط على بيع الرهن وقضاء الدين من ثمنه وقضاء الدين من جنسه يكون ولو باع العدل الرهن ثم استحق فى يد المشترى فللمشترى أن يرجع بالثمن على العدل لان العاقد هو وحقوق العقد فى باب البيع ترجع الى العاقد والعدل بالخيار ان شاء يسترد من المرتهن ما أوفاه من الثمن وعاد دينه على الراهن كما كان وان شاء رجع بما ضمن على الراهن وسلم للمرتهن ماقبض (أما) ولاية استرداد الثمن من المرتهن فلان البيع قد بطل بالاستحقاق وتبين أن قبض الثمن من المرتهن لم يصح فله أن يسترده منه واذا استرده عاد الدين على حاله (وأما) الرجوع بما ضمن على الراهن فله أن يرجع بالعهدة عليه واذا رجع عليه سلم للمرتهن ماقبضه لانه صح قبضه هذا اذا سلم الثمن الى المرتهن فان كان هلك فى يده قبل التسليم ليس له أن يرجع الا على الراهن لانه وكيل الراهن بالبيع عامل له فكان عهدة عمله عليه فى الاصل لا على غيره الا أن له أن يرجع على المرتهن اذا قبض الثمن لما ذكرنا فاذا لم يقبض وجب العمل بالاصل فيرجع على الراهن بما ضمن و بطل الرهن بالاستحقاق و يرجع المرتهن بدينه على الراهن ولو لم يستحق الرهن ولكن المشترى وجد به عيبا كان له أن يرده على العدل لان الرد بالعيب من حقوق البيع وانها ترجع الى العاقد والعاقد هو العدل فيرد عليه و يسترد منه الثمن الذى أعطاه والعدل بالخيار ان كان رده عليه بقضاء القاضى ان شاء رجع على المرتهن ان كان سلم الثمن اليه وان شاء رجع على الراهن أما على المرتهن فلانه اذا رد عليه بعيب بقضاء القاضى فقد انفسخ البيع فكان له أن يرجع بالثمن وعاد دين المرتهن على الراهن وعاد الرهن المردود رهنا بالدين (وأما) الرجوع على الراهن فلانه وكله بالبيع فيرجع عليه بالعهدة وان كان العدل لم يعط المرتهن الثمن فان رد العدل ماقبض من الثمن فلا يرجع على

أحدوان كان هلك فى يده وضمن فى ماله يرجع بما ضمن على الراهن خاصة دون المرتهن لما ذكرنا فى الاستحقاق ويكون المردود رهنا كما كان هذا اذا كان بيع العدل بتسليط مشروط فى عقد الرهن فاما اذا كان بتسليط وجد من الراهن بعد الرهن فان العدل يرجع بما ضمن على الراهن لا على المرتهن سواء قبض المرتهن الثمن أو لم يقبضه لانه وكيل الراهن وعهدة الوكيل فيما وكل به على موكله فى الاصل لانه عامل له فكان عهدة عمله عليه الا أن التسليط اذا كان مشروطاً فى العقد يثبت له حق الرجوع على المرتهن لتعلق حقه بهذه الوكالة على ما نذكر ان شاء الله تعالى فاذا وقع البيع لحقه جاز أن يرجع بالضمان عليه واذا لم يكن مشروطاً فيه لم يثبت التعليق فبقى حق الرجوع بالعهدة على الموكل على حكم الاصل وللعدل أن يبيع الزوائد المتولدة من الرهن لانها مرهونة تبعاً للاصل لثبوت حكم الرهن فيها وهو حق الحبس تبعاً فله أن يبيعها كما له أن يبيع الاصل وكذا العبد المدفوع بالجناية على الرهن بأن قتل الرهن أو فقأ عينه فدفع به للعدل أن يبيعه لان الثانى قائم مقام الاول لحماً ودماً فصار كان الاول قائم وللعدل أن يمتنع من البيع واذا امتنع لا يجبر عليه ان كان التسليط على البيع بعد الرهن وان كان فى الرهن لم يكن له أن يمتنع عنه ولو امتنع يجبر عليه لان التسليط اذا لم يكن مشروطاً فى الرهن لم يتعلق به حق المرتهن فكان توكيلا محضا بالبيع فأشبه التوكيل بالبيع فى سائر المواضع واذا كان مشروطا فيه كان حق المرتهن متعلقا به فله أن يجبره على البيع لاستيفاء حقه (وأما) بيان من يصلح عدلا فى الرهن ومن لا يصلح فالمولى لا يصلح عدلا فى رهن عبده المأذون حتى لو رهن العبد المأذون على أن يضع على يد مولاه لم يجز الرهن سواء كان على العبد دين أو لم يكن والعبد يصلح عدلا فى رهن مولاه حتى لو رهن انسان شيأ على أن يضع فى يد عبده المأذون يصح الرهن لان قبض الرهن قبض استيفاء الدين فيصير العدل وكيلا فى استيفاء الدين والمولى لا يصلح وكيل الاجنبى فى استيفاء الدين من عبده لان الوكيل من يعمل لغيره واستيفاء الدين من عبده عمل لنفسه من وجه لما فيه من فراغ رقبة عبده عن شغل الدين والعبد يصلح وكيل الاجنبى فى استيفاء الدين من مولاه لذلك افترقا وعن أبى يوسف ان المولى يصلح عدلا فى رهن مكاتبه والمكاتب يصلح عدلا فى رهن مولاه لان المكاتب حر يداً فكان كل واحد منهما أجنبيا عما فى يد الآخر والمكفول عنه لا يصلح عدلا فى رهن الكفيل وكذا الكفيل لا يصلح عدلا فى رهن المكفول عنه لان كل واحد منهما لا يصلح وكيلا فى استيفاء الدين من صاحبه لانه يعمل لنفسه أما المكفول عنه فبتفريغ ذمته عن الدين (وأما) الكفيل فبتخليص نفسه عن الكفالة بالدين وأحد شريكى المفاوضة لا يصلح عدلا فى رهن صاحبه بدين التجارة لان يد كل واحد منهما يد صاحبه فكان ما فى يد كل واحد منهما كانه فى يد صاحبه فلم يتحقق خروج الرهن من يد الراهن وانه شرط صحة الرهن وكذا أحد شريكى العنان فى التجارة لا يصلح عدلا فى رهن صاحبه بدين التجارة لما قلنا فان كان من غير التجارة فهو جائز فى الشريكين جميعا لان كل واحد منهما أجنبى عن صاحبه فى غير دين التجارة فلم تكن يده كيد صاحبه فوجد خروج الرهن من يد الراهن ورب المال لا يصلح عدلا فى رهن المضارب ولا المضارب فى رهن رب المال حتى لو رهن المضارب شيأ من مال المضاربة بدين فى المضاربة على أن يضعه على يد رب المال أو رهن رب المال على أن يضعه على يد المضارب لا يجوز الرهن لان يد المضارب يد رب المال وعمل رب المال كعمل المضارب فلم يتحقق خروج الرهن من يد الراهن فلم يجز الرهن والاب لا يصلح عدلا فى رهنه ثمن ما اشترى للصغير بأن اشترى الاب للصغير شيأ ورهن بثمن ما اشترى له على أن يضعه على يد نفسه فالشراء جائز والرهن باطل لانه لما شرط على أن يضعه فى يد نفسه فقد شرط على أن لا يخرج الرهن من يد الراهن وانه شرط فاسد فيفسد الرهن وهل يصلح الراهن عدلا فى الرهن فان كان الرهن لم يقبض من يده بعد لا يصلح حتى لو شرط فى عقد الرهن على أن يكون الرهن فى يده فسد العقد لان قبض المرتهن شرط صحة العقد ولا يتحقق القبض الا بخروج الرهن من يد الراهن فكان شرط كونه فى يده شرطا فاسدا فيفسد الرهن وان كان قبضه المرتهن ثم وضعه على يده جاز بيعه لان العقد قد صح بالقبض والبيع تصرف من الراهن

ف

فى ملكه فكان الاصل فيه هو النفاذ والتوقف كان لحق المرتهن فاذا رضى به فقد زال المانع فينفذ (وأما) بيان ما ينعزل به العدل ويخرج عن الوكالة ومالا ينعزل فنقول التسليط على البيع اما أن يكون فى عقد الرهن واما أن يكون متأخرا عنه فان كان فى العقد فعزل الراهن العدل لا ينعزل من غير رضا المرتهن لان الوكالة اذا كانت فى العقد كانت تابعة للعقد فكانت لازمة بالعقد فلا ينفرد الراهن بفسخها كما لا ينفرد بفسخ العقد وكذا لا ينعزل بموت الراهن ولا بموت المرتهن لما ذكرنا ان الوكالة الثابتة فى العقد من توابع العقد والعقد لا يبطل بالموت فكذا ماهو من توابعه وان كان التسليط متأخرا عن العقد فللراهن أن يعزله وينعزل بموت الراهن أيضا لان التسليط المتأخر عن العقد توكيل مبتدأ فينعزل الوكيل بعزل الموكل وموته وسائر مايخرج به الوكيل عن الوكالة وقد ذكرنا جملة ذلك فى كتاب الوكالة وهذا الذى ذكرنا جواب ظاهر الرواية وعن أبى يوسف أن التسليط الطارئ على العقد والمقارن اياه سواء لانه يلتحق بالعقد فيصير كالموجود عند العقد والصحيح جواب ظاهر الرواية لان التسليط لم يوجد عند العقد حقيقة وجعل المعدوم حقيقة موجوداً تقديرا لا يجوز الا بدليل ولم يوجد وتبطل الوكالة بموت العدل سواء كانت بعد العقد أو فى العقد ولا يقوم وارثه ولا وصيه مقامه لان الوكالة لا تورث ولان الراهن رضى به ولم يرض بغيره فاذا مات بطلت الوكالة لكن لا يبطل العقد ويوضع الرهن فى يد عدل آخر عن تراض منهما لانه جاز الوضع فى يد الاول فى الابتداء بتراضيهما فكذا فى يد الثانى فى الانتهاء فان اختلفا فى ذلك نصب القاضى عدلا ووضع الرهن على يده قطعا للمنازعة وليس للعدل الثانى أن يبيع الا أن بموت الراهن لان الراهن سلط الاول لا الثانى وعلى هذا تخرج نفقة الراهن انها على الراهن لا على المرتهن والاصل ان ما كان من حقوق الملك فهو على الراهن لان الملك له وما كان من حقوق اليد فهو على المرتهن لان اليد له اذا عرف هذا فنقول الرهن اذا كان رقيقا فطعامه وشرابه وكسوته على الراهن وكفنه عليه وأجرة ظئر ولد الرهن عليه وان كانت دابة فالعلف وأجرة الراعى عليه وان كان بستانا فسقيه وتلقيح نخله وجداده والقيام بمصالحه عليه سواء كان فى قيمة الرهن فضل أو لم يكن لان هذه الاشياء من حقوق الملك ومؤنات الملك على المالك والملك للراهن فكانت المؤنة عليه والخراج على الراهن لانه مؤنة الملك (وأما) العشر فى الخارج يأخذه الامام ولا يبطل الرهن فى الباقى بخلاف ما اذا استحق بعض الرهن شائعا انه يبطل الرهن فى الباقى (ووجه) الفرق ان الفساد فى الاستحقاق لمكان الشيوع ولم يوجد ههنا لان بالاستحقاق تبين ان الرهن فى القدر المستحق لم يصح والباقى شائع والشياع يمنع صحة الرهن بخلاف العشر لان وجوبه فى الخارج لا يخرجه عن ملكه بدليل أنه يجوز بيعه ويجوز له الاداء من غيره فكان الدفع الى الامام بمنزلة اخراج الشئ عن ملكه فلا يتحقق فيه معنى الشيوع فهو الفرق ولو كان فى الرهن نماء فأراد الراهن أن يجعل النفقة التى ذكرنا انها عليه فى نماء الرهن ليس له ذلك لان زوائد المرهون مرهونة عندنا تبعا للاصل فلا يملك الانفاق منها كما لا يملك الانفاق من الاصل والحفظ على المرتهن حتى لو شرط الراهن للمرتهن أجرا على حفظه فحفظ لا يستحق شيأ من الاجر لان حفظ الرهن عليه فلا يستحق الاجر باتيان ماهو واجب عليه بخلاف المودع اذا شرط للمودع اجرا على حفظ الوديعة ان له الاجر لان حفظ الوديعة ليس بواجب عليه فجاز شرط الاجر وأجرة الحافظ عليه لانها مؤنة الحفظ والحفظ عليه وكذا أجرة المسكن والمأوى لما قلنا وروى عن أبى يوسف ان كراء المأوى على الراهن وجعله بمنزلة النفقة وجعل الآبق على المرتهن بقدر الدين والفضل على ذلك على المالك حتى لو كانت قيمة الرهن والدين سواء أو قيمة الرهن أقل فالجعل كله على المرتهن وان كانت قيمته أكثر فبقدر الدين على المرتهن وبقدر الزيادة على الراهن لان وجوب الجعل على المرتهن لكون المرهون مضمونا وانه مضمون بقدر الدين والفضل أمانة فانقسم الجعل عليهما على قدر الامانة والضمان بخلاف أجرة المسكن انها على المرتهن خاصة وان كان فى قيمة الرهن فضل لان الاجرة انما وجبت على المرتهن لكونها مؤنة الحفظ وكل المرهون محفوظ بحفظه فكان كل المؤنة عليه فأما الجعل فانما لزمه لكون المردود مضمونا

والمضمون بعضه لا كله فيتقدر بقدر الضمان والفداء من الجناية والدين الذى يلحقه الرهن بمنزلة جعل الآبق ينقسم على المضمون والامانة وكذلك مداواة الجروح والقروح والامراض تنقسم عليهما على قدر الضمان والامانة كذا ذكر الكرخى وذكر القاضى فى شرحه مختصر الطحاوى أن المداواة على المرتهن من باب احياء حقه وهو الدين وكل ما وجب على الراهن فأداه المرتهن بغير اذنه أو وجب على المرتهن فأداه المرتهن بغير اذنه فهو متطوع لانه قضى دين غيره بغير أمره فان فعل بأمر القاضى يرجع على صاحبه لان القاضى له ولاية حفظ أموال الناس وصيانتها عن الهلاك والاذن بالاتفاق على وجه يرجع على صاحبه بما أنفق طريق صيانة المالين وكذا اذا فعل أحدهما بأمر صاحبه يرجع عليه لانه صار وكيلا عنه بالاتفاق وروى أبو يوسف عن أبى حنيفة رحمهما الله أن الراهن ان كان غائباً فأنفق المرتهن بأمر القاضى يرجع عليه وان كان حاضراً لم يرجع عليه وقال ابو يوسف ومحمد يرجع فى الحالين جميعا بناء على أن القاضى لا يلى على الحاضر عنده وعندهما يلى عليه وهى مسألة الحجر على الحر وستأتى فى كتاب الحجر وعلى هذا يخرج زوائد الرهن انها مرهونة عندنا وجملة الكلام فى زوائد الرهن انها على ضربين زيادة غير متولدة من الاصل ولا فى حكم المتولد منه كالكسب والهبة والصدقة وزيادة متولدة من الاصل كالولد والثمر واللبن والصوف أو فى حكم المتولد من الاصل كالارش والعقر ولا خلاف فى أن الزيادة الاولى انها ليست بمرهونة بنفسها ولا هى بدل المرهون ولا جزء منه ولا بدل جزء منه فلا يثبت فيها حكم الرهن واختلف فى الزيادة الثانية قال أصحابنا رحمهم الله انها مرهونة وقال الشافعى رحمه الله ليست بمرهونة بناء على أن الحكم الاصلى للرهن عنده هو كون المرتهن أخص ببيع المرهون وأحق بثمنه من بين سائر الغرماء فقبل البيع لا حق له فى الرهن حتى يسرى الى الولد فأشبه ولد الجارية اذا جنت ثم ولدت ان حكم الجناية لا يثبت فى ولدها لما أن حكم جناية الام هو وجوب الدفع الى المجنى عليه وانه ليس بمعنى ثابت فى الام فلم يسر الى الولد كذا هذا والدليل على أن الزيادة ليست مرهونة انها ليست بمضمونة ولو كانت مرهونة لكانت مضمونة كالاصل وعندنا حق الحبس حكم أصلى للرهن أيضاً وهذا الحق ثابت فى الام فيثبت فى الولد تبعاً للام الا أنها ليست بمضمونة لثبوت حكم الرهن فيها تبعاً للاصل فكانت مرهونة تبعا لا أصلا كولد المبيع انه مبيع على أصل أصحابنا رضى الله عنهم لكن تبعا لا أصلا فلا يكون له حصة من الثمن الا اذا صار مقصودا بالقبض فكذا المرهون تبعا لا يكون له حصة من الضمان الا اذا صار مقصوداً بالفكاك واذا كانت الزيادة مرهونة عندنا كانت محبوسة مع الاصل بكل الدين وليس للراهن أن يفتك أحدهما الا بقضاء الدين كله لان كل واحد منهما مرهون والمرهون محبوس كله بكل جزء من أجزاء الدين لما نذكره فى موضعه ان شاء الله تعالى وينقسم الدين على الاصل والزيادة على تقدير بقائها الى وقت الفكاك على قدر قيمتهما لكن تعتبر قيمة الاصل يوم العقد وقيمة الزيادة يوم الفكاك ونبين ذلك فى موضعه وعلى هذا يخرج الزيادة على الرهن انها لما كانت جائزة على أصل أصحابنا كان للمرتهن أن يحبسهما جميعا بالدين ولا سبيل للراهن على أحدهما ما لم يقبض جميع الدين لان كل واحد منهما مرهون ويقسم الدين بينهما على قدر قيمتهما الا أنه تعتبر قيمة الرهن الاصلى وقت العقد وقيمة الزيادة وقت الزيادة وأيهما هلك يهلك بحصته من الدين بخلاف زيادة الرهن والفرق بين الزيادتين يأتى فى موضعه ان شاء الله تعالى (وأما) الذى يتعلق بكيفية هذا الحكم فنوعان الاول ان الثابت للمرتهن حق حبس الرهن بالدين الذى رهن به وليس له أن يمسكه بدين وجب له على الراهن قبل الرهن أو بعده لانه مرهون بهذا الدين لا بدين آخر فلا يملك حبسه بدين آخر لان ذلك دين لا رهن به والثانى ان المرهون محبوس بجميع الدين الذى رهن به سواء كانت قيمة الرهن أكثر من الدين أو أقل حتى لو قضى الراهن بعض الدين كان للمرتهن أن يحبس كل الدين حتى يستوفى ما بقى قل الباقى أو كثر لان الرهن فى حق ملك الحبس مما لا يتجزأ فما بقى شئ من الدين بقى محبوسا به كالمبيع قبل القبض لما كان محبوسا بجميع الثمن فما بقى شئ من الثمن بقى محبوسا به كذا هذا ولان صفقة الرهن واحدة فاسترداد شئ من المرهون بقضاء بعض الدين يتضمن تفريق الصفقة من غير

رضا المرتهن وهذا لا يجوز وسواء كان المرهون شيأ واحداً أو أشياء ليس للراهن أن يسترد شيأ من ذلك بقضاء بعض الدين لما قلنا وسواء سمى لكل واحد منها شيأ من المال الذى رهن به أو لم يسم فى رواية الاصل وذكر فى الزيادات فيمن رهن مائة شاة بألف درهم على أن كل شاة منها بعشرة دراهم فأدى عشرة دراهم كان له أن يقبض شاة ذكر الحاكم الشهيد ان ما ذكر فى الاصل قول أبى يوسف وما ذكر فى الزيادات قول محمد وذكر الجصاص ان فى المسألة روايتين عن محمد (وجه) رواية الزيادات أنه لما سمى لكل واحد منهما دينا متفرقا أوجب ذلك تفريق الصفقة فصار كانه رهن كل واحد منهما بعقد على حدة (وجه) رواية الاصل أن الصفقة واحدة حقيقة لانها أضيفت الى الكل اضافة واحدة الا انه تفرقت التسمية وتفريق التسمية لا يوجب تفريق الصفقة كما فى البيع اذا اشتملت الصفقة على أشياء كان للبائع حق حبس كلها الى أن يستوفى جميع الثمن وان سمى لكل واحد منهما ثمنا على حدة كذا هذا (وأما) الحكم الثانى وهو اختصاص المرتهن ببيع المرهون له واختصاصه بثمنه فنقول وبالله التوفيق اذا بيع الرهن فى حال حياة الراهن وعليه ديون أخر فالمرتهن أحق بثمنه من بين سائر الغرماء لان بعقد الرهن ثبت له الاختصاص بالمرهون فيثبت له الاختصاص ببدله وهو الثمن ثم ان كان الدين حالا والثمن من جنسه فقد استوفاه ان كان فى الثمن وفاء بالدين وان كان فيه فضل رده على الراهن وان كان أنقص من الدين رجع المرتهن بفضل الدين على الراهن وان كان الدين مؤجلا حبس الثمن الى وقت حلول الاجل لانه بدل المرهون فيكون مرهونا فاذا حل الاجل فان كان الثمن من جنس الدين صار مستوفيا دينه وان كان من خلاف جنسه يحبسه الى أن يستوفى دينه كله وكذلك اذا بيع الرهن بعد وفاة الراهن وعليه ديون ولم يخلف مالا آخر سوى الرهن كان المرتهن أحق بثمنه من بين سائر الغرماء لما ذكرنا فان فضل منه شئ يضم الفضل الى مال الراهن ويقسم بين الغرماء بالحصص لان قدر الفضل لم يتعلق به حق المرتهن وان نقص عن الدين رجع المرتهن بما بقى من دينه فى مال الراهن وكان بينه وبين الغرماء بالحصص لان قدر الفضل من الدين دين لا رهن به فيستوى فيه الغرماء وكذلك لو كان على الراهن دين آخر كان المرتهن فيه اسوة الغرماء وليس له أن يستوفيه من ثمن الرهن لان ذلك الدين لا رهن به فيتضارب فيه الغرماء كلهم (وأما) الحكم الثالث وهو وجوب تسليم المرهون عند الافتكاك فيتعلق به معرفة وقت وجوب التسليم فنقول وقت وجوب التسليم ما بعد قضاء الدين يقضى الدين أولا ثم يسلم الرهن لان الرهن وثيقة وفى تقديم تسليمه ابطال الوثيقة ولانه لو سلم الرهن أولا فمن الجائز ان يموت الراهن قبل قضاء الدين فيصير المرتهن كواحد من الغرماء فيبطل حقه فلزم تقديم قضاء الدين على تسليم الرهن الا ان المرتهن اذا طلب الدين يؤمر باحضار الرهن أولا ويقال له أحضر الرهن اذا كان قادراً على الاحضار من غير ضرر زائد ثم يخاطب الراهن بقضاء الدين لانه لو خوطب بقضائه من غير احضار الرهن ومن الجائز ان الرهن قد هلك وصار المرتهن مستوفيا دينه من الرهن فيؤدى الى الاستيفاء مرتين وكذلك المشترى يؤمر بتسليم الثمن أولا اذا كان دينا ثم يؤمر البائع بتسليم المبيع لما ذكرنا فى كتاب البيوع الا ان البائع اذا طالبه بتسليم الثمن يقال له احضر المبيع لجواز ان المبيع قد هلك وسواء كان عين الرهن قائما فى يد المرتهن أو كان فى يده بدله بعد ان كان البدل من خلاف جنس الدين نحو ما اذا كان المرتهن مسلطا على بيع الرهن فباعه بخلاف جنس الدين أو قتل الرهن خطأ وقضى بالدية من خلاف جنس الدين فطالبه المرتهن بدينه كان للراهن ان لا يدفع حتى يحضره المرتهن لان البدل قائم مقام المبدل فكان المبدل قائم ولو كان قائما كان له ان يمتنع ما لم يحضره المرتهن فكذلك اذا قام البدل مقامه ولو كان الرهن على يدى عدل وجعلا للعدل ان يضعه عند من أحب وقد وضعه عند رجل فطلب المرتهن دينه يجبر الراهن على قضاء الدين ولا يكلف المرتهن باحضار الرهن لان قضاء الدين واجب على الراهن على سبيل التضييق الا انه رخص له التأخير الى غاية احضار الدين عند القدرة على الاحضار وهنا لا قدرة للمرتهن على احضاره لان للعدل ان يمنعه عنه ولو أخذ من يده جبراً كان غاصبا

والى هذا المعنى أشار محمد فى الكتاب فقال كيف يؤمر باحضار شئ لو أخذه كان غاصبا واذا سقط التكليف بالاحضار زالت الرخصة فيخاطب بقضاء الدين وكذلك اذا وضعا الرهن على يد عدل فغاب العدل بالرهن ولا يدرى أين هو لا يكلف المرتهن باحضار الرهن و يجبر الراهن على قضاء الدين لما ذكرنا ولو كان الرهن فى يد المرتهن فالتقيا فى بلد آخر فطالب المرتهن الراهن بقضاء دينه فان كان الدين مماله حمل ومؤنة يجبر الراهن على قضاء الدين ولا يجبر المرتهن على احضار الرهن لما ذكرنا ان قضاء الدين واجب عليه على سبيل التضييق والتأخير الى وقت الاحضار للضرورة التى ذكرناها عند القدرة على الاحضار من غير ضرر زائد والمرتهن هنا لا يقدر على الاحضار الا بالمسافرة بالرهن أو بنقله من مكان العقد وفيه ضرر بالمرتهن فسقط التكليف بالاحضار ولو ادعى الراهن هلاك الرهن فقال المرتهن لم يهلك فالقول قول المرتهن مع يمينه لان الرهن كان قائما والاصل فى الثابت بقاؤه فالمرتهن يستصحب حالة القيام والراهن يدعى زوال تلك الحالة والقول قول من يدعى الاصل لان الظاهر شاهد له ولان الراهن بدعوى الهلاك يدعى على المرتهن استيفاء الدين وهو منكر فكان القول قوله مع يمينه و يحلف على البتات لانه يحلف على فعل نفسه وهو القبض السابق لان المرتهن لا يصير مستوفيا بالهلاك لانه لا صنع له فيه بل بالقبض السابق وذلك فعله بخلاف ما اذا كان الرهن عند عدل فغاب بالرهن فاختلف الراهن والمرتهن فى هلاك الرهن ان هناك يحلف المرتهن على العلم لا على البتات لان ذلك تحليف على فعل غيره وهو قبض العدل فتعذر التحليف على البتات فيحلف على العلم كما لو ادعى الراهن انه أوفى الدين وكيل المرتهن والمرتهن ينكر انه يحلف على العلم لما ذكرنا كذا هذا وان كان الرهن مما لا حمل له ولا مؤنة فالقياس انه يجبر على قضاء الدين وفى الاستحسان لا يجبر ما لم يحضر المرتهن الرهن لانه ليس فى احضاره ضرر زائد وعلى هذا الاصل مسائل فى الزيادات ولو اشترى شيأ ولم يقبضه ولم يسلم الثمن حتى لقيه البائع فى غير مصره الذى وقع البيع فيه فطالبه بالثمن وأبى المشترى حتى يحضر المبيع لا يجبر المشترى على تسليم الثمن حتى يحضر البائع المبيع سواء كان له حمل ومؤنة أو لم يكن فرق بين البيع والرهن و وجه الفرق ان البيع معاوضة مطلقة والمساواة فى المعاوضات المطلقة مطلوبة عادة وشريعة ولا تتحقق المساواة من غير احضار المبيع بخلاف الرهن لانه ليس بمعاوضة مطلقة وان كان فيه معنى المعاوضة فلا يلزم اعتبار المساواة بين المرهون والمرهون به وهو الدين فى هذا الحكم

﴿ فصل ﴾ وأما الذى يتعلق بحال هلاك المرهون فالمرهون اذا هلك لا يخلو اما ان يهلك بنفسه واما أن يهلك بالاستهلاك فان هلك بنفسه يهلك مضمونا بالدين عندنا والكلام فى هذا الحكم فى ثلاثة مواضع أحدها فى بيان أصل الضمان أنه ثابت أم لا والثانى فى بيان شرائط الضمان والثالث فى بيان قدر الضمان وكيفيته أما الاول فقد اختلف فيه قال أصحابنا رضى الله عنهم ان المرهون يهلك مضمونا بالدين وقال الشافعى رحمه الله يهلك أمانة احتج بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لا يغلق الرهن لا يغلق الرهن لا يغلق الرهن هو لصاحبه الذى رهنه له غنمه وعليه غرمه فقد جعل النبى عليه الصلاة والسلام غرم الرهن على الراهن وانما يكون غرمه عليه اذا هلك أمانة لان عليه قضاء دين المرتهن فاما اذا هلك مضمونا كان غرمه على المرتهن حيث سقط حقه لا على الراهن وهذا خلاف النص ولان عقد الرهن شرع وثيقة بالدين ولو سقط الدين بهلاك المرهون لكان توهينا لا توثيقا لانه يقع تعريض الحق للتلف على تقدير هلاك الرهن فكان توهينا للحق لا توثيقا له (ولنا) ما روى عن النبى عليه الصلاة والسلام انه قال الرهن بما فيه وفى رواية الرهان بما فيها وهذا نص فى الباب لا يحتمل التأويل وروى أن رجلا رهن بدين عند رجل فرسا يحق له عليه فنفق الفرس عنده فطالبه المرتهن بحقه فاختصما الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عليه الصلاة والسلام ذهب حقك ولان المرتهن جعل مستوفيا للدين عند هلاك الرهن فلا يملك الاستيفاء ثانيا كما اذا استوفى بالفكاك وتقرير معنى الاستيفاء فى الرهن ذكرناه فى مسائل الخلاف وأما الحديث

فيحتمل

فيحتمل أن يكون معنى قوله عليه الصلاة والسلام لا يغلق الرهن أى لا يهلك اذ الغلق يستعمل فى الهلاك كذا قال بعض أهل اللغة وعلى هذا كان الحديث حجة عليه لانه يذهب بالدين فلا يكون هالكا معنى وقيل معناه أى لا يستحقه المرتهن ولا يملكه عند امتناع الراهن عن قضاء الدين وهذا كان حكما جاهليا جاء الاسلام فابطله وقوله عليه الصلاة والسلام عليه غرمه أى نفقته وكفنه ونحن به نقول أنه وثيقة قلنا معنى التوثيق فى الرهن هو التوصل اليه فى أقرب الاوقات لانه كان للمرتهن ولاية مطالبة الراهن بقضاء الدين من مطلق ماله وبعد الرهن حدثت له ولاية المطالبة بالقضاء من ماله المعين وهو الرهن بواسطة البيع فزداد طريق الوصول الى حقه فحصل معنى التوثيق

﴿ فصل ﴾ (وأما) شرائط كونه مضمونا عند الهلاك فأنواع منها قيام الدين حتى لو سقط الدين من غير عوض ثم هلك الرهن فى يد المرتهن هلك أمانة وعلى هذا يخرج ما اذا ابرأ المرتهن الراهن عن الدين ثم هلك الرهن فى يد المرتهن أنه يهلك بغير شئ ولا ضمان على المرتهن فيه اذا لم يوجد منه منع الرهن من الراهن عند طلبه استحسانا والقياس أن يضمن وهو قول زفر ولو استوفى دينه ثم هلك الرهن فى يده يهلك بالدين وعليه بدل ما استوفى وزفر سوى بين الابراء والاستيفاء ونحن نفرق بينهما (وجه) القياس أن قبض الرهن قبض استيفاء ويتقرر ذلك الاستيفاء عند الهلاك فيصير كانه استوفى الدين ثم أبرأ عنه ثم هلك الرهن ولو كان كذلك يضمن كذا هذا ولان المرهون لما صار مضمونا بالقبض يبقى الضمان ما بقى القبض وقد بقى لانعدام ما ينقضه وجه الاستحسان أن كون المرهون مضمونا بالدين يستدعى قيام الدين لان الضمان هو ضمان الدين وقد سقط بالابراء فيستحال أن يبقى مضمونا به وقد خرج الجواب عن قوله ان الاستيفاء يتقرر عند الهلاك لانا نقول نعم اذا كان الدين قائما فاذا سقط بالابراء لا يتصور الاستيفاء وهذا بخلاف ما اذا استوفى الدين ثم هلك الرهن فى يد المرتهن لان قبض الرهن قائم والضمان متعلق به فيبقى ما بقى القبض ما لم يوجد المسقط والاستيفاء لا يسقط الضمان بل يقرره لان المستوفى يصير مضمونا على المرتهن بخلاف الابراء لانه مسقط لان الابراء اسقاط فلا يبقى الضمان فهو الفرق هذا اذا لم يوجد من المرتهن منع الرهن من الراهن بعد طلبه فان وجد ثم هلك الرهن فى يده ضمن كل قيمته لانه صار غاصبا بالمنع والمغصوب مضمون بكل القيمة وعلى هذا يخرج ما اذا أخذت المرأة بصداقها رهنا ثم طلقها الزوج قبل الدخول ثم هلك الرهن فى يدها أنه لا ضمان عليها فى نصف الصداق الذى سقط بالطلاق لانها لم تصر مستوفية لذلك النصف عند هلاك الرهن لسقوطه بالطلاق فلم يبق القبض مضمونا وكذلك لو أخذت بالصداق رهنا ثم ارتدت قبل الدخول بها حتى سقط الصداق ثم هلك الرهن فى يدها لا ضمان عليها لان الصداق لما سقط بالردة لم يبق القبض مضمونا فصار كما لو أبرأته عن الصداق ثم هلك الرهن فى يدها ولو لم يكن المهر مسمى حتى وجب مهر المثل فأخذت بمهر المثل رهنا ثم طلقها قبل الدخول بها حتى وجبت عليه المتعة لم يكن له أن يحبس الرهن بالمتعة ولو هلك فى يدها ولم يوجد منها منع يهلك بغير شئ والمتعة باقية على الزوج وهذا قول أبى يوسف وقال محمد له حق الحبس بالمتعة واصل المسئلة أن الرهن بمهر المثل هل يكون رهنا بالمتعة عند أبى يوسف لا يكون وعند محمد يكون ولم يذكر قول أبى حنيفة فى الاصل وذكر الكرخى رحمه الله قوله مع قول أبى يوسف وجه قول محمد أن الرهن بالشئ رهن ببدله فى الشرع لان بدل الشئ يقوم مقامه كانه هو ولهذا كان الرهن بالمغصوب رهنا بقيمته عند هلاكه والرهن بالمسلم فيه رهنا برأس المال عند الاقالة والمتعة بدل عن نصف المهر لانه يجب بالسبب الذى يجب به مهر المثل وهو النكاح عند عدمه وهذا حد البدل فى أصل الشيوع ولابى يوسف أن المتعة وجبت أصلا بنفسها لا بدلا عن مهر المثل والسبب انعقد لوجوبها ابتداء كما أن العقد لوجوب مهر المثل بالطلاق زال فى حق أحد الحكمين وبقى فى حق الحكم الآخر الا أنه لا يعمل فيه الا بعد الطلاق فكان الطلاق شرط عمل السبب وهذا لا يدل على كونها بدلا كما فى سائر الاسباب المعلقة بالشروط ولو أسلم فى طعام وأخذ به رهنا ثم تفاسخا العقد كان له أن يحبس الرهن برأس المال لان رأس المال بدل عن المسلم فيه فان هلك الرهن فى يده يهلك بالطعام لان

القبض حين وجوده وقع مضمونا بالطعام و بالاقالة لم يسقط الضمان أصلا لان بدله قائم وهو رأس المال فيبقى القبض مضمونا على ما كان بخلاف ما اذا أبرأه عن الدين ثم هلك الرهن فى يد المرتهن أنه يهلك بغير شىء لان الضمان هناك سقط أصلا ورأسا فخرج القبض من أن يكون مضمونا ولو اشترى عبدا أو تقابضا ثم تفاسخا كان للمشترى أن يحبس المبيع حتى يستوفى الثمن لان المشترى بعد التفاسخ ينزل منزلة البائع وللبائع حق حبس المبيع حتى يستوفى الثمن فكذا المشترى وكذلك لو أن البائع سلم المبيع وأخذ بالثمن رهنا من المشترى ثم تقايلا كان للبائع أن يحبس الرهن حتى يقبض المبيع كما فى السلم ومنها أن يكون هلاك المرهون فى قبض الرهن فان لم يكن لا يكون مضمونا بالدين وان بقى عقد الرهن لان المرهون إنما صار مضمونا بالقبض فاذا خرج عن قبض الرهن لم يبق مضمونا وعلى هذا يخرج ما إذا غصب الرهن غاصب فهلك فى يده أنه لا يسقط شىء من الدين لان قبض الغصب أبطل قبض الرهن وإن لم يبطل عقد الرهن حتى كان للمرتهن أن ينقض قبض الغاصب فيرده الى الرهن وعلى هذا يخرج ما إذا استعار المرتهن الرهن من الراهن لينتفع به فهلك أنه إن هلك قبل أن يأخذ فى الانتفاع أو بعد ما فرغ عنه يهلك بالدين وان هلك فى حال الانتفاع يهلك أمانة لان المرهون قبل ان يأخذ فى الانتفاع على حكم قبض الرهن لانعدام ما ينقضه وهو قبض الانتفاع وإذا أخذ فى الانتفاع فقد نقضه لوجود قبض الاعارة وقبض الاعارة ينافى قبض الرهن لانه قبض أمانة وقبض الرهن قبض ضمان فاذا جاء أحدهما انتفى الآخر ثم اذا فرغ من الانتفاع فقد انتهى قبض الاعارة فعاد قبض الرهن وكذلك اذا أذن الراهن للمرتهن فى الانتفاع بالمرهون فهو على التفصيل ولو استعاره الراهن من المرتهن لينتفع به فقبضه خرج عن ضمان الرهن حتى لو هلك فى يده يهلك أمانة والدين على حاله لان قبضه قبض العارية وأنه قبض أمانة فينافى قبض الضمان وكذلك لو أذن المرتهن للراهن بالانتفاع بالرهن وكذلك لو أعاره الراهن من أجنبى باذن المرتهن أو اعاره المرتهن باذن الراهن من أجنبى وسلمه الى المستعير فالمرهون فى هذه الوجوه كلها يخرج عن ضمان الرهن ولا يخرج عن عقد الرهن والخروج عن الضمان لا يوجب الخروج عن العقد كزوائد الرهن ولو كان المرهون جارية فاستعارها الراهن فولدت فى يده ولدا فالولد رهن لان الاصل مرهون لقيام عقد الرهن حتى لو هلكت الجارية قبل أن يقبض المرتهن الولد فالدين قائم والولد رهن بجميع المال لان الضمان وان فات فالعقد قائم وفوات الضمان لا يوجب بطلان العقد على ما مر واذا بقى العقد فى الام صار الولد مرهونا تبعا للام فكان له أن يحبسه بجميع المال وكذا لو ولدت هذه الابنة ولدا فانهما رهن بجميع المال وان ماتا لم يسقط شىء من الدين لان الولد ليس بمضمون ألا ترى أن الام لو كانت قائمة فهلك الولد لا يسقط شىء من الدين فكذا اذا كانت هالكة ولا يفتك الراهن واحدا منهما حتى يؤدى المال كله لانهما دخلا جميعا فى العقد فلا يملك الراهن التفريق ولو مات الراهن والرهن قائم فى يده قبل أن يرده الى المرتهن فالمرتهن أحق به من سائر الغرماء لقيام عقد الرهن وان بطل الضمان كما فى ولد الرهن أن المرتهن أحق به وان لم يكن فيه ضمان ولو أعار الراهن الرهن من المرتهن أو أذن له بالانتفاع به فجاء يفتك الرهن وهو ثوب وبه خرق فاختلفا فقال الراهن حدث هذا فى يدك قبل اللبس أو بعد ما لبسته ورددته الى الرهن وقال المرتهن لا بل حدث هذا فى حال اللبس فالقول قول المرتهن لانهما لما اتفقا على اللبس فقد اتفقا على خروجه من الضمان فالراهن يدعى عوده الى الضمان والمرتهن ينكر فكان القول قوله هذا اذا اتفقا على اللبس واختلفا فى وقته فأما اذا اختلفا فى أصل اللبس فقال الراهن لم ألبسه ولكنه تخرق وقال المرتهن لبسته فتخرق فالقول قول الراهن لانهما اتفقا على دخوله فى الضمان فالمرتهن بدعواه اللبس يدعى الخروج من الضمان والراهن ينكر فكان القول قوله وان أقام الراهن البينة انه تخرق فى ضمان المرتهن وأقام المرتهن البينة انه تخرق بعد خروجه من الضمان فالبينة بينة الراهن لان بينته مثبتة لانها تثبت الاستيفاء وبينة المرتهن تنفى الاستيفاء فالمثبتة أولى (ومنها) أن يكون المرهون مقصودا فلا تكون الزيادة المتولدة من الرهن أو ما هو فى حكم المتولد كالولد والثمر واللبن والصوف والعقر ونحوها مضمونا الا الارش خاصة حتى

لوهلك شيء من ذلك لا يسقط شيء من الدين الا الارش فانه اذا هلك تسقط حصته من الدين وانما كان كذلك لان الولد ليس بمرهون مقصودا بل تبعا للاصل كولد المبيع على أصل أصحابنا انه مبيع تبعا لا مقصودا والمرهون تبعا لا حصة له من الضمان الا اذا صار مقصودا بالفكاك كما أن المبيع تبعا لا حصة له من الثمن الا اذا صار مقصودا بالقبض بخلاف الارش لانه بدل المرهون لان كل جزء من أجزاء الرهن مرهون وبدل الشيء قائم مقامه كأنه هو فكان حكمه حكم الاصل والاصل مضمون فكذا بدله بخلاف الولد ونحوه وبخلاف الزيادة على الرهن انها مضمونة لانها مرهونة مقصودا الا تبعا لان الزيادة اذا صحت التحقت بأصل العقد كان العقد ورد على الزيادة والمزيد عليه على ما نذكر في موضعه ان شاء الله تعالى ولو هلك الاصل بقيت الزيادة يقسم الدين على الاصل والزيادة على قدر قيمتهما وتعتبر قيمة الاصل وقت القبض وان شئت قلت وقت العقد وهو اختلاف عبارة والمعنى واحد لان الايجاب والقبول لا يصير عقدا شرعا الا عند القبض وتعتبر قيمة الزيادة وقت الفكاك لان الاصل انما صار مضمونا بالقبض فتعتبر قيمة يوم القبض والزيادة انما يصير لها حصة من الضمان بالفكاك فتعتبر قيمتها حينئذ الا أن هذه القسمة للحال ليست قسمة حقيقية بل من حيث الظاهر حتى تتغير بتغير قيمة الزيادة الى الزيادة والنقصان من حيث السعر والبدن والقسمة الحقيقية وقت الفكاك ولا تتغير القسمة بتغير قيمة الاصل بالزيادة والنقصان في السعر أو في البدن لان الاصل دخل في الضمان بالقبض والقبض لم يتغير فلا يتغير الضمان والولد انما يأخذ قسطا من الضمان بالفكاك فتعتبر قيمته يوم الفكاك وشرح هذه الجملة اذا رهن جارية قيمتها الف بألف فولدت ولدا يساوي الفا فان الدين يقسم على قيمة الام والولد نصفين فيكون في كل واحد منهما خمسمائة حتى لو هلكت الام سقط نصف الدين وبقي الولد رهنا بالنصف الباقي يفتكه الراهن به ان بقي الى وقت الافتكاك وان هلك قبل ذلك هلك بغير شيء وجعل كأن لم يكن وعادت حصته من الدين الى الام وتبين ان الام هلكت بجميع الدين وان لم يهلك لكن تغيرت قيمته الى الزيادة فصار يساوي الفين بطلت قسمة الانصاف وصارت القسمة أثلاثا ثلثا الدين في الولد والثلث في الام وتبين ان الام هلكت بثلث الدين وبقي الولد رهنا بالثلثين فان ازدادت قيمته وصار يساوي ثلاثة آلاف بطلت قسمة الاثلاث وصارت القسمة أرباعا ثلاثة أرباع الدين في الولد وربع في الام وتبين ان الام هلكت بربع الدين وبقي الولد رهنا بثلاثة أرباعه ولو تغيرت قيمته الى النقصان فصار يساوي خمسمائة بطلت قسمة الارباع وصارت القسمة أثلاثا ثلثا الدين في الام والثلث في الولد وتبين ان الام هلكت بثلثي الدين وبقي الولد رهنا بالثلث هكذا على هذا الاعتبار وسواء كان الولد واحدا أو أكثر ولدوا معا أو متفرقا يقسم الدين على الام وعلى الاولاد على قدر قيمتهم لكن تعتبر قيمة الام يوم العقد وقيمة الاولاد يوم الفكاك لما ذكرنا وولد الولد في القسمة حكمه حكم الولد حتى لو ولدت الجارية بنتا وولدت بنتها ولدا فهما بمنزلة الولدين حتى يقسم الدين على الجارية وعليهما على قدر قيمتهم ولا يقسم على الجارية وعلى الولد الاصلي ثم يقسم باقيه عليه وعلى ولده لان ولد الرهن ليس بمضمون حتى يتبعه ولده فكأنهما في الحكم ولدان ولو ولدت الجارية ولدا ثم نقصت قيمة الام في السعر أو في البدن فصارت تساوي خمسمائة أو زادت قيمتها فصارت تساوي ألفين والولد على حاله يساوي ألفا فالدين بينهما نصفان لا يتغير عما كان وان كانت الام على حالها وانتقصت قيمة الولد بعيب دخله أو لسعر فصار يساوي خمسمائة صار الدين فيهما أثلاثا الثلثان في الام والثلث في الولد ولو زادت قيمة الولد فصار يساوي الفين فثلثا الدين في الولد والثلث في الام حتى لو هلكت الام يبقى الولد رهنا بالثلثين لما ذكرنا ان الاصل انما دخل تحت الضمان بالقبض والقبض لم يتغير فلا تتغير القسمة والولد انما يصير له حصة من الضمان بالفكاك فتعتبر قيمته يوم الفكاك ولو اعورت الام بعد الولادة أو كانت اعورت قبلها ذهب من الدين بعورها ربعه وذلك مائتان وخمسون وبقي الولد رهنا بثلاثة أرباع الدين وذلك سبعمائة وخمسون وهذا الجواب فيما اذا ولدت ثم اعورت ظاهر لان الدين قبل الاعورار كان فيهما نصفين في كل واحد منهما خمسمائة فاذا اعورت والعين من

الآدمى نصفه فذهب قدر ما فيهما من الدين وهو نصف نصف الدين وهو ربع الكل وبقى الولد رهنا ببقية الدين وهو ثلاثة الارباع (فأما) اذا اعورت ثم ولدت ففيه اشكال من حيث الظاهر وهو ان قبل الاعورار كان كل الدين فيها وبالاعورار ذهب النصف وبقى النصف فاذا ولدت ولدا فينبغى أن يقسم النصف الباقى من الدين على الجارية العوراء وعلى ولدها أثلاثا الثلثان على الولد والثلث على الام (والجواب) ان ذهاب نصف الدين بالاعورار لم يكن حتما بل على التوقف على تقدير عدم الولادة فاذا ولدت تبين انه لم يكن ذهب بالاعورار إلا ربع الدين لان الزيادة تجعل كأنها موجودة لدى العقد فصار كانها ولدت ثم اعورت ولو هلك الولد وقد اعورت الام قبل الولادة أو بعدها ذهب نصف الدين بالاعورار لان الولد لما هلك التحق بالعدم وجعل كأن لم يكن وعادت حصته الى الام وتبين ان الام كانت رهنا بجميع الدين فاذا اعورت ذهب بالاعورار نصفه وبقى النصف الآخر ولو لم يهلك ولكنه اعور لم يسقط باعوراره شئ من الدين لانه لو هلك لا يسقط فاذا اعور أولى لكن تلك القسمة التى كانت من حيث الظاهر تتغير لانها تحتمل التغيير بتغير قيمة الولد الى الزيادة والنقصان لما ذكرنا فيما تقدم وعلى هذا تخرج الزيادة فى الرهن انها مضمونة على أصل أصحابنا الثلاثة بأن رهن جارية ثم زاد عبدا لان هذه زيادة مقصودة لورود فعل الرهن عليها مقصودا فكانت مرهونة أصلا لا تبعا فكانت مضمونة ويقسم الدين على المزيد عليه والزيادة وجملة الكلام فى كيفية الانقسام ان الراهن لا يخلو (اما) ان زاد فى الرهن وليس فى الرهن نماء (واما) ان كان فيه نماء فان لم يكن فيه نماء يقسم الدين على المزيد عليه والزيادة على قدر قيمتهما حتى لو كانت قيمة الجارية ألفا وقيمة العبد ألفا والدين ألفا كان الدين فيهما نصفين فى كل واحد منهما خمسمائة ولو كانت قيمة العبد الزيادة خمسمائة كان الدين فيهما أثلاثا الثلثان فى العبد والثلث فى الجارية وأيهما هلك يهلك بحصته من الدين لان كل واحد منهما مرهون مقصودا لا تبعا الا أنه تعتبر قيمة المزيد عليه يوم العقد وهو يوم قبضه وقيمة الزيادة يوم الزيادة وهو يوم قبضها ولا يعتبر تغير قيمتها بعد ذلك لان الزيادة والنقصان كل واحد منهما انما دخل فى الضمان بالقبض فتعتبر قيمته يوم القبض والقبض لم يتغير بتغير القيمة فلا تتغير القسمة بخلاف زيادة الرهن وهى نماؤه ان القسمة تتغير بتغير قيمتها لانها مرهونة تبعا لا أصلا والمرهون تبعا لا يأخذ حصة من الضمان الا بالفكاك فتعتبر قيمتها يوم الفكاك فكانت القسمة قبله محتملة للتغير ولو نقص الرهن الاصلى فى يده حتى ذهب قدره من الدين ثم زاده الراهن بعد ذلك رهنا آخر يقسم ما بقى من الدين على قيمة الباقى وعلى قيمة الزيادة يوم قبضت نحو ما اذا رهن جارية قيمتها ألف بألف فعورت حتى ذهب نصف الدين وبقى النصف ثم زاد الراهن عبدا قيمته ألف يقسم النصف الباقى على قيمة الجارية عوراء وعلى قيمة العبد الزيادة أثلاثا فيكون ثلثا هذا النصف وذلك ثلثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث فى العبد الزيادة والثلث وذلك مائة وستة وستون وثلثان فى الجارية فرق بين الزيادة فى الرهن وزيادة الرهن وهى نماؤه بأن اعورت الجارية ثم ولدت ولدا قيمته ألف أن الدين يقسم على قيمة الجارية يوم القبض صحيحة وعلى قيمة الولد يوم الفكاك نصفين فيكون فى كل واحد منهما خمسمائة ثم ما أصاب الام وهو النصف ذهب بالاعورار نصفه وهو مائتان وخمسون وبقى ثلاثة أرباع الدين وذلك سبعمائة وخمسون فى الام والولد ثلثا ذلك خمسمائة فى الولد وثلث ذلك مائتان وخمسون فى الام وفى الزيادة على الرهن يبقى الاصل والزيادة بنصف الدين (ووجه) الفرق بين الزيادتين أن حكم الرهن فى هذه الزيادة وهى الزيادة على الرهن ثبت بطريق الاصالة لا بطريق التبعية لكونها زيادة مقصودة لورود فعل العقد عليها مقصودا فيعتبر فى القسمة ما بقى من الدين وقت الزيادة ولم يبق وقت الزيادة الا النصف فيقسم ذلك النصف عليهما على قدر قيمتهما بخلاف زيادة الرهن لانها ليست بمرهونة مقصودا لانعدام وجود الرهن فيها مقصودا بل تبعا للاصل لكونها متولدة منه فيثبت حكم الرهن فيها تبعا للاصل كانها متصلة به فتصير كأنها موجودة عند العقد فكان الثابت فى الولد غير ما كان ثابتا فى الام فيعتبر فى القسمة قيمة الام يوم القبض وكذلك لو قضى الراهن للمرتهن من الدين خمسمائة ثم زاده فى الرهن

عبداقيمته ألف أن هذه الزيادة تلحق الخمسمائة الباقية فيقسم على نصفه قيمة الجارية وهى خمسمائة وعلى قيمة العبد الزيادة وبقى ألف أثلاثا ثلثاها فى العبد وثلثها فى الجارية حتى لوهلك العبد هلك بثلثى الخمسمائة وذلك ثلثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث ولوهلكت الجارية هلكت بالثلث وذلك مائة وستة وستون وثلثان لان الزيادة زيادة على المرهون والمرهون محبوس بالدين والمحبوس بالدين هو نصف الجارية لا كلها ولم يبق نصف الدين لصيرورته مقضيا فالزيادة تدخل فى الباقى وينقسم الباقى على قيمة نصف الجارية وعلى قيمة الزيادة أثلاثا ولوقضى خمسمائة ثم اعورت الجارية قبل أن يزيد الرهن ثم زاد عبداً قيمته الف درهم قسم مائتان وخمسون على نصف نصف الجارية العوراء وعلى الزيادة على خمسة أسهم أربعة من ذلك فى الزيادة وسهم فى الجارية العوراء لانه لما قضى الراهن خمسمائة فرغ نصف الجارية شائعا من الدين وبقى النصف الباقى فى نصفها شائعا وذلك خمسمائة فاذا اعورت فقد ذهب نصف ذلك النصف بما فيه من الدين وذلك مائتان وخمسون وبقى مائتان وخمسون من الدين فيما لم يذهب من نصف الجارية فاذا هذه الزيادة تلحق هذا القدر فيقسم هذا القدر فى الاصل والزيادة أخماسا أربعة أخماسه وذلك مائتان فى الزيادة وخمسه وذلك خمسون فى الاصل هذا اذا زاد وليس فى الرهن نماء فأما اذا زاد وفيه نماء بأن رهن جارية قيمتها ألف بألف فولدت ولدا يساوى ألفا ثم زاده عبدا قيمته ألف فالراهن لا يخلو اما ان زاد والام قائمة واما ان زاد بعد ما هلكت الام فان كانت قائمة فزاد لا يخلو اما ان جعله زيادة على الولد أو على الام أو عليهما جميعا أو أطلق الزيادة ولم يسم المزيد عليه انه الام أو الولد فان جعله زيادة على الولد فهو رهن مع الولد خاصة ولا يدخل فى حصة الام لان الاصل وقوع تصرف العاقل على الوجه الذى أوقعه وقد جعله زيادة على الولد فيكون زيادة معه فيقسم الدين أولا على الام والولد على قدر قيمتهما تعتبر قيمة الام يوم العقد وقيمة الولد يوم الفكاك ثم ما أصاب الولد يقسم عليه وعلى العبد الزيادة على قدر قيمتهما وتعتبر قيمة الولد يوم الفكاك لما بينا فيما تقدم وقيمة الزيادة وقت الزيادة وهى وقت قبضها لانها انما جعلت فى الضمان بالقبض فتعتبر قيمتها يوم القبض ولوهلك الولد بعد الزيادة بطلت الزيادة لانه اذا هلك جعل كأن لم يكن أصلا ورأسا فلم تتحقق الزيادة عليه لان الزيادة لا بد لها من مزيد عليه فتبين ان الزيادة لم تقع رهنا وان جعله زيادة على الام فهو على ما جعل لما ذكرنا ان الاصل اعتبار تصرف العاقل على الوجه الذى باشره ولانه لو أطلق الزيادة لوقعت على الام فعند التقييد والتنصيص أولى واذا وقعت زيادة على الام جعل كأنها كانت موجودة وقت العقد فيقسم الدين عليهما على قدر قيمتهما تعتبر قيمة الاصل يوم العقد وقيمة الزيادة يوم القبض ثم ما أصاب الام يقسم عليها وعلى ولدها على اعتبار قيمة الام يوم العقد وقيمة الولد يوم الفكاك ولو مات الولد أو زادت قيمته أو ولدت ولدا فالحكم فى حق العبد للزيادة لا تتغير ويقسم الدين أولا على الجارية والعبد نصفين ثم ما أصاب الام يقسم عليها وعلى ولدها فتعتبر زيادة الولد فى حق الام ولا تعتبر فى حق العبد سواء زاد بعد حدوث الولد أو قبله لان الولد فى حق الزيادة وجوده وعدمه بمنزلة واحدة ولوهلكت الام بعد الزيادة ذهب ما كان فيها من الدين وبقى الولد والزيادة بما فيهما بخلاف ما اذا هلك الولد انه تبطل الزيادة لان بهلاك الام لا يتبين ان العقد لم يكن بل يتناهى ويتقرر حكمه فهلاكه لا يوجب بطلان الزيادة بخلاف الولد لانه اذا هلك التحق بالعدم من الاصل وجعل كأن لم يكن فتبين أن الزيادة لم تصح رهنا ولوهلك الولد بعد الزيادة ذهب بغير شئ لان الولد غير مضمون بالهلاك فاذا هلك جعل كأن لم يكن وجعل كأن الزيادة حدثت ولا بد للجارية كذلك وان جعله زيادة على الام والولد جميعا فالعبد زيادة على الام خاصة ولا عبرة للولد فى حق الزيادة ولا يدخل فى حصتها وانما يعتبر فى حق الام ويدخل فى حصة الام والولد فى حق الزيادة حال وجود الام كالعدم فلا تصلح الزيادة عليه فى حال قيام الام فيقسم الدين على الاصل والعبد الزيادة باعتبار قيمتهما قيمة الاصل يوم العقد وقيمة الزيادة يوم الزيادة ثم يقسم ما أصاب الام قسمة أخرى بينها وبين ولدها على اعتبار قيمتهما يوم العقد ويوم الفكاك كذلك وان أطلق الزيادة ولم يسم الام

ولا الولد فالزيادة رهن مع الام خاصة لان الزيادة لابد لها من مزيد عليه وكل واحد منهما على الانفراد يصلح مزيدا عليه الا أن الام أصل فى الرهن والولد تابع فعند الاطلاق جعلها زيادة على الاصل أولى واذا صارت الزيادة رهنا مع الام يقسم الدين قسمين على نحو ما بينا هذا اذا كانت الام قائمة وقت الزيادة (فأما) اذا هلكت الام ثم زاد والعبد زيادة على الولد فكانا جميعا رهنا بخمسمائة يفتك الراهن كل واحد منهما بمائتين وخمسين لان الزيادة تستدعى مزيدا عليه والهالك خرج عن احتمال ذلك فتعين الولد مزيدا عليه وقد ذهب نصف الدين بهلاك الام وبقى النصف وذلك خمسمائة فينقسم ذلك على الزيادة والولد على قدر قيمتهما ولو هلك الولد أخذ الراهن العبد بغير شىء لانه لما هلك فقد التحق بالعدم وجعل كانه لم يكن وعادت حصته الى الام فتبين انها هلكت بجميع الدين فتبين ان الزيادة حصلت بعد سقوط الدين فلم تصح ولو هلك العبد الزيادة بعد هلاك الولد فى يد المرتهن هلك أمانة الا اذا منعه بعد الطلب لانه تبين أنه لم يكن رهنا فى الحقيقة لما بينا فصار كما اذا رهن بدين ثم تصادقا على أنه لا دين ثم هلك الرهن أنه يهلك أمانة لما قلنا كذا هذا الا اذا منع بعد الطلب لانه صار غاصبا بالمنع فيلزمه ضمان الغصب (وأما) بيان كيفية الضمان وقدره فالرهن لا يخلو اما أن يكون من جنس حق المرتهن أو من خلاف جنس حقه فان كان من خلاف جنس حقه فاما أن يكون شيأ واحدا واما أن يكون أشياء فان كان شيأ واحدا أيهلك مضمونا بالاقل من قيمته ومن الدين وتفسيره اذا رهن عبدا قيمته الف بألف فهلك ذهب الدين كله وان كانت قيمة العبد الفين فهلك ذهب كل الدين أيضا وفضل الرهن يهلك أمانة وان كانت قيمته خمسمائة ذهب من الدين خمسمائة ويرجع المرتهن على الراهن بفضل الدين وهذا قول عامة العلماء وجماعة من الصحابة رضى الله عنهم مثل سيدنا عمر وعبد الله بن مسعود وهو رواه عن سيدنا على رضى الله عنهم ومنهم من قال انه مضمون بقيمته بالغة ما بلغت أى على المرتهن فضل قيمة الرهن وهكذا روى عن ابن سيدنا عمر رضى الله عنهما ومنهم من قال انه مضمون بالدين بالغا ما بلغ أى يذهب كل الدين قلت قيمة الدين أو كثرت وهو مذهب شريح وعن سيدنا على رضى الله عنه رواية أخرى أنه قال يترادان الفضل يعنى ان كانت قيمة الرهن أكثر فللراهن أن يرجع على المرتهن بفضل القيمة وان كانت قيمته أقل فللمرتهن أن يرجع على الراهن بفضل الدين واختلافهم على هذا الوجه حجة على الشافعى رحمه الله فى قوله ان المرهون أمانة لان اختلافهم فى كيفية الضمان وقدره اتفاق منهم على كونه مضمونا فانكار الضمان أصلا يرجع الى مخالفة الاجماع فكان باطلا ثم الرجحان فى كيفية الضمان لقول سيدنا عمر وابن مسعود رضى الله عنهما لان المرهون مضمون عندنا بطريق الاستيفاء لان قبض الرهن قبض استيفاء ويتقرر الاستيفاء عند الهلاك فيتقرر الضمان فيه بقدر الاستيفاء فان كانت قيمة الرهن مثل الدين أمكن تحقيق الاستيفاء لان استيفاء الدين مثله صورة ومعنى أو معنى لا صورة واذا كانت قيمته أكثر لا يتحقق الاستيفاء الا فى قدر الدين ولا يتحقق فى الزيادة لان استيفاء الاقل من الاكثر يكون ربا واذا كانت قيمته أقل لا يمكنه تحقيق الاستيفاء الا بقدر الدين لان استيفاء الاكثر من الاقل لا يتصور هذا اذا كان المرهون شيأ واحدا فاما اذا كان أشياء بأن رهن عبدين أو ثوبين أو دابتين أو نحو ذلك فلا يخلو (اما) ان أطلق الرهن ولم يسم لكل واحد منهما شيأ من الدين (واما) ان قيد وسمى لكل واحد منهما قدرا معلوما من الدين فان أطلق يقسم الدين عليهما على قدر قيمتهما وكان كل واحد منهما مضمونا بالاقل من قيمة نفسه ومن حصته من الدين لان كل واحد منهما مرهون والمرهون مضمون بالدين فلا بد من قسمة الدين على قيمتهما ليعرف قدر ما فى كل واحد منهما من الضمان كما ينقسم الثمن عليهما فى باب البيع باعتبار قيمتهما لمعرفة مقدار الثمن لان المرهون مضمون بالدين كما أن البيع مضمون بالثمن وان قيد كان كل واحد منهما مضمونا بالاقل من قيمته ومما سمى له لانه لما سمى وجب اعتبار التسمية فينظر الى القدر المسمى لكل واحد منهما فايهما هلك يهلك بالاقل من قيمته ومن القدر المسمى كما فى باب البيع اذا سمى لكل واحد من المبيعين ثمنا أنه ينقسم الثمن عليهما بالقدر المسمى كذا هذا هذا اذا كان المرهون من خلاف جنس الدين وهلك فى يد المرتهن فاما اذا كان من

جنسه

جنسه بأن رهن موزونا بجنسه أو مكيلا بجنسه وهلك فى يد المرتهن فقد اختلف أصحابنا فيه قال أبو حنيفة يهلك مضمونا بالدين باعتبار الوزن دون القيمة حتى لو كان وزن الرهن بمثل وزن الدين وقيمته أقل منه فهلك يذهب كل الدين عنده وعند أبى يوسف ومحمد يضمن القيمة من خلاف الجنس على ما نذكر فمن أصل أبى حنيفة أنه يعتبر الوزن دون القيمة فى الهالك ومن أصلهما أنهما يعتبران الوزن فيما لا يتضرر به المرتهن فأما فيما يتضرر به فيضمنان القيمة من خلاف الجنس (وأما) فى الانكسار فأبو حنيفة يضمن القيمة وكذلك أبو يوسف عند الاستواء فى الوزن والقيمة ولا يريان الجعل بالدين أصلا ومحمد يجعل بالدين لكن عند الامكان بأن لا يؤدى ذلك الى الضرر بالراهن ولا بالمرتهن ولا يؤدى الى الربا فان أدى الى شىء مما ذكرنا فانه لا يجعل بالدين أيضا واذا كانت قيمة الرهن أكثر فأبو يوسف يجعل النقصان الحاصل بالانكسار شائعا فى قدر الامانة والمضمون فما كان فى الامانة يذهب بغير شىء وما كان فى المضمون يضمن المرتهن قيمته ويهلك من الرهن بقدره ومحمد رحمه يصرف النقصان الى الزيادة واذا كثر النقصان حتى انتقص من الدين يخير الراهن بين أن يفتكه وبين أن يجعله بالدين ومن أصل أبى حنيفة أنه يجوز استيفاء الزيوف من الجياد حتى لو أخذ صاحب الدين الزيوف عن الجياد ولم يعلم به حتى هلك عنده سقط دينه وكذا عند محمد الا ان محمدا ترك أصله فى الرهن وعند أبى يوسف لا يسقط بل يرد مثل ما قبض ويأخذ مثل حقه فمن أصله أنه لا يجوز استيفاء الزيوف عن الجياد فهذه أصول هذه المسائل (وأما) تخريجها على هذه الاصول فنقول وبالله التوفيق اذا كان الدين عشرة دراهم فرهن به قلب فضة فهلك أو انكسر فى يد المرتهن فوزن القلب لا يخلو اما أن يكون مثل وزن الدين بأن كان عشرة واما أن يكون أقل من وزنه بأن كان ثمانية واما أن يكون أكثر من وزنه بأن كان اثنى عشر وكل وجه من هذه الوجوه يدخله الهلاك والانكسار فان كان وزن القلب مثل وزن الدين عشرة فان كانت قيمته مثل وزنه فهلك يهلك بالدين بلا خلاف لان فى وزنه وقيمته وفاء بالدين ولا ضرر فيه بأحد ولا فيه ربا فيهلك بالدين على ما هو حكم الرهن عندنا وان انكسر وانتقص لا يجبر الراهن على الافتكاك بلا خلاف لانه لو افتكه اما أن يفتكه بجميع الدين واما أن يسقط شىء من الدين بمقابلة النقصان لا سبيل الى الاول لان فيه ضررا بالراهن لفوات حقه عن الجودة والصناعة من غير عوض ولا سبيل الى الثانى لانه يؤدى الى الربا لان الدين والرهن يستويان فى الوزن والجودة لا قيمة لها شرعا عند مقابلتها بجنسها فكانت ملحقة بالعدم شرعا فيكون ايفاء عشرة بثمانية فتكون ربا فيتخير ان شاء افتكه بجميع الدين ورضى بالنقصان وان شاء ضمن المرتهن قيمته بالغة ما بلغت فكانت رهنا مكانه ويصير القلب ملكا للمرتهن بالضمان وهذا قول أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد ان شاء افتكه بجميع الدين وان شاء جعله بالدين ويصير ملك المرتهن بدينه (وجه) قول محمد ان ضمان القيمة لا يناسب قبض الرهن لان ذلك موجب قبض هو تعدى كقبض الغصب وقبض الرهن مأذون فيه فلا يناسب ضمان القيمة ويناسبه الجعل بالدين لانه قبض استيفاء وفى الجعل بالدين تقرير الاستيفاء (وجه) قولهما ان جعل الرهن بالدين حال قيامه من أعمال الجاهلية جاء الاسلام وأبطله بقوله لا يغلق الرهن والجعل بالدين غلق الرهن فكان باطلا وبه تبين ان ملك الرهن بالدين لا يجوز ان يكون حكم هذا التصرف وان حكمه ملك اليد والحبس لا ملك العين والرقبة (فاما) ضمان القيمة فيصلح حكما له فى الجملة ألا ترى ان محمدا يقول به عند تعذر الجعل بالدين على ما نذكر وان كانت قيمته أقل من وزن الدين بأن كانت ثمانية فهلك يهلك بجميع الدين عند أبى حنيفة رحمه الله لانه يعتبر الوزن دون القيمة عند الهلاك وفى وزنه وفاء الدين وعندهما لا يهلك بالدين ويضمن المرتهن قيمته من خلاف جنسه (وجه) قولهما أنه لو هلك بالدين (اما) ان يهلك بوزنه (واما) أن يهلك بقيمته لا سبيل الى الاول لان فيه ضررا بالمرتهن ولا وجه الى الثانى لانه يؤدى الى الربا فيخير المرتهن بين أن يرضى بسقوط الدين وبين أن يضمن قيمة الرهن من خلاف جنسه فيكون رهنا مكانه ولابى حنيفة رحمه الله ان قبض الرهن قبل استيفاء والجيد والردىء فى الاستيفاء على السواء لان استيفاء الزيوف عن الجياد جائز عنده وان

انكسر فالراهن بالخيار ان شاء افتكه بجميع الدين وان شاء ضمن المرتهن قيمته من خلاف جنسه بالاجماع وليس له خيار الجعل بالدين هنا بلا خلاف (أما) على أصل أبى حنيفة وأبى يوسف فلانهما لا يريان الجعل بالدين أصلا ومحمد رحمه الله ان كان يرى ذلك لكن عند الامكان وههنا لا يمكن لانه لو جعل الدين باعتبار الوزن يؤدى الى الضرر بالمرتهن حيث يصير الرهن الذى قيمته ثمانية بعشرة ولو جعل باعتبار القيمة يؤدى الى الربا فمست الضرورة الى ضمان القيمة والله تعالى أعلم وان كانت قيمته أكثر من وزنه بأن كانت اثنى عشر فهلك يهلك بالدين عند أبى حنفية اعتباراً للوزن وكذلك عند محمد لأن الجودة هنا فضل فكان امانة بمنزلة الفضل فى الوزن (أما) على قول أبى يوسف فقيل يضمن المرتهن قيمة خمسة أسداس القلب من الذهب ويرجع بدينه لان الجودة عنده مضمونة وقيل يهلك بالدين عنده أيضاً لانه يعتبر الوزن فى الهلاك لا الجودة وانما يعتبر الجودة فى الانكسار وان انكسر فالراهن بالخيار عند أبى حنيفة ان شاء افتكه بالدين مع النقصان وان شاء ضمنه قيمته من خلاف جنسه فيكون رهناً مكانه لما ذكرنا فيما تقدم سواء كان النقصان الحاصل بالانكسار قدر درهم بأن عادت قيمته الى أحد عشر أو قدر درهمين بأن عادت قيمته عشرة أو أكثر من ذلك بأن صارت قيمته ثمانية وعند أبى يوسف ان شاء افتكه بالدين وان شاء ضمن المرتهن قيمته خمسة أسداس القلب من خلاف جنسه فتصير خمسة أسداس الرهن ملكا للمرتهن بالضمان وسدس الرهن مع خمسة أسداس القيمة رهنا بالدين لان من أصله أن يجعل قدر النقصان الحاصل بالانكسار شائعا فى قدر الامانة والمضمون والقدر الذى فى الامانة يذهب بغير شىء والقدر الذى فى المضمون يضمن قيمته فيصير ذلك القدر من الرهن ملكا له وعند محمد ينظر الى النقصان ان كان قدر درهم أو درهمين لا ضمان على المرتهن ويجبر الراهن على الفكاك وان زاد على ذلك يخير بين الفكاك وبين الجعل بالدين كما لو كانت قيمته ووزنه سواء لان من أصله أنه يصرف النقصان الحاصل بالانكسار الى الجودة الزائدة الا اذا كثر النقصان حتى عدت قيمته الى ثمانية فله أن يجعله بالدين ان شاء وان شاء افتكه وقيل ان على قوله له أن يضمنه كما قال أبو حنيفة رحمه الله لما فى الجعل بالدين من اسقاط حقه عن الجودة هذا اذا كان وزن القلب مثل وزن الدين عشرة فأما اذا كان أقل من وزنه ثمانية فان كانت قيمته مثل وزنه فهلك يهلك بمثل وزنه من الدين وهو ثمانية بالاجماع وان انكسر فالراهن بالخيار ان شاء افتكه بالدين وان شاء ضمن المرتهن قيمته من خلاف جنسه فكانت رهنا والقلب للمرتهن بالضمان عند أبى حنيفة وأبى يوسف وعند محمد ان شاء افتكه بالدين وان شاء جعله بمثل وزنه من الدين لما قلنا وان كانت قيمته أقل من وزنه سبعة فهلك يهلك بثمانية فى قول أبى حنيفة اعتباراً للوزن وعندهما يضمن قيمته من خلاف جنسه لما بينا وان انكسر ضمن القيمة بالاجماع (أما) على قول أبى حنيفة وأبى يوسف فلانهما لا يجيزان الجعل بالدين حال قيام الرهن أصلا ورأسا ومحمد ان كان يجيزه لكن بشريطة انعدام الضرر وفى الجعل بالدين هنا ضرر بالمرتهن وان كانت قيمته أكثر من وزنه فكانت تسعة أو كانت مثل الدين عشرة فهلك يهلك بقدر وزنه ثمانية عند أبى حنيفة وعندهما يضمن القيمة وان انكسر ان شاء افتكه بالدين وان شاء ضمن القيمة بالاجماع لما ذكرنا وان كانت قيمته أكثر من الدين اثنى عشر فهلك يهلك بثمانية عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف يضمن خمسة أسداس قيمته وان انكسر فعند أبى حنيفة ان شاء افتكه بالدين وان شاء ضمنه جميع القيمة وكانت قيمته رهنا والقلب ملكا للمرتهن وعند أبى يوسف يضمن خمسة أسداس قيمته ويكون سدس القلب مع خمسة أسداس قيمته رهنا عنده بالدين وعند محمد يصرف النقصان الحاصل بالانكسار بالامانة ان قل النقصان بأن كان درهما أو درهمين ويجبر الراهن على الافتكاك وان كان أكثر من ذلك يخير الراهن بين الافتكاك وبين الجعل بالدين هذا اذا كان وزن القلب أقل من وزن الدين ثمانية فأما اذا كان أكثر من وزنه اثنا عشر فان كانت قيمته مثل وزنه اثنى عشر فهلك سقط الدين والزيادة على الدين تهلك امانة بلا خلاف وان انكسر ضمن خمسة أسداسه فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف وعند محمد له أن يجعل خمسة أسداسه بالدين وان كانت قيمته أقل من وزنه

واكثر

وأ كثر من الدين بان كانت أحد عشر فهلك سقط الدين بخمسة أسداسه والزيادة تهلك أمانة عند أبي حنيفة ولا رواية عنهما في هذا الفصل وان انكسر ضمن خمسة أسداس القلب عند أبي حنيفة لانه لا يعتبر الجودة ولا يرى الجعل بالدين وعند أبي يوسف يجب أن يكون هكذا وكذلك عند محمد لتعذر التمليك بالدين لما فيه من الضرر وان كانت قيمته مثل مثل وزن الدين عشرة فهلك يهلك خمسة أسداس بالدين عند أبي حنيفة لانه يعتبر الوزن وعندهما يضمن خمسة أسداسه ويرجع بحقه وان انكسر ضمن خمسة أسداسه عند أبي حنيفة وعندهما يغرم جميع القيمة ولا يمكن الجعل بالدين عند محمد لانه يؤدي الى الربا وان كانت قيمته أقل من الدين ثمانية فهلك ذهب خمسة أسداسه بالدين في قول أبي حنيفة وان انكسر ضمن خمسة أسداسه وعندهما يغرم القيمة في الحالين وان كانت قيمته خمسة عشر فهلك يهلك خمسة أسداسه بالدين في قول أبي حنيفة وان انكسر ضمن خمسة أسداسه عند أبي حنيفة ثم في كل موضع ضمن المرتهن بعض القلب وهلك ذلك القدر بالضمان وصار شريكا فهذا شيوع طارئ فعلى جواب ظاهر الرواية يقطع القلب فيكون الباقي مع القدر الذي غرم رهنا لان الشيوع يمنع صحة الرهن مقارنا كان أو طارئا وعلى رواية أبي يوسف لا حاجة الى القطع لان الشيوع الطارئ لا يمنع بقاء العقد على الصحة (وأما) الرهن الفاسد فلا حكم له حال قيام المرهون حتى لا يثبت للمرتهن حق الحبس وللراهن أن يسترده منه فان منعه حتى هلك يضمن مثله ان كان له مثل وقيمته ان لم يكن له مثل لانه صار غاصبا بالمنع والمغصوب مضمون على الغاصب بالمثل أو بالقيمة وان لم يوجد المنع من المرتهن حتى هلك الرهن في يده ذكر الكرخي رحمه الله انه يهلك أمانة لان الرهن اذا لم يصح كان القبض قبض أمانة لانه قبض باذن المالك فأشبه قبض الوديعة وحكى القاضي في شرحه مختصر الطحاوي انه ذكر في الجامع الكبير ان كل ما هو محل للرهن الصحيح فاذا رهنه رهنا فاسدا فهلك في يد المرتهن يهلك بالاقل من قيمته ومن الدين وكل ما ليس بمحل للرهن الصحيح لا يكون مضمونا بالرهن الفاسد كالمدبر وأم الولد وهذا يدل على ان الفساد كان لمعنى في نفس المرهون لا يكون مضمونا بل يكون أمانة وان كان الفساد لمعنى في غيره يكون مضمونا (ووجهه) ان المرهون مضمون بالقبض ولا فساد في القبض الا ان من شرط كون المقبوض مضمونا أن يكون مالا مطلقا متقوما كالمقبوض بالبيع الفاسد فان وجد الشرط يكون مضمونا والا فلا هذا الذي ذكرنا حكم هلاك المرهون (وأما) حكم استهلاكه فنقول المرهون لا يخلو (اما) أن يكون من بني آدم كالعبد والامة (واما) ان كان من غير بني آدم من سائر الاموال فان كان من غير بني آدم فاستهلكه أجنبي ضمن قيمته ان كان مما لا مثل له ومثله ان كان مما له مثل كما اذا لم يكن مرهونا والمرتهن هو الخصم في تضمينه وكان الضمان رهنا لانه بدل المرهون ثم ان كان الضمان من جنس الدين والدين حال استوفاه بدينه وان كان الدين لم يحل حبسه رهنا مكانه وكذلك لو استهلكه المرتهن لانه لو أتلف مالا مملوكا متقوما بغير اذن مالكه فيضمن مثله أو قيمته كما لو أتلفه أجنبي وكان رهنا مكانه وان استهلكه الراهن فان كان الدين حالا يطالب بالدين لا فائدة في المطالبة بالضمان فيطالب بالدين وان كان لم يحل أخذ المرتهن منه الضمان فأمسكه الى أن يحل الدين واذا كان في الرهن نماء كاللبن والولد فاستهلكه المرتهن أو الراهن أو أجنبي بان كان الرهن شاة قيمتها عشرة بعشرة فحلبت او ولدت فعليه ضمانه (اما) وجوب الضمان على الاجنبي والمرتهن فظاهر لان الزيادة ملك الراهن واتلاف مال مملوك للغير بغير اذنه يوجب الضمان (واما) وجوبه على الراهن فلان المتلف وان كان مملوكا له لكن للمرتهن فيه حق قوي فيلتحق بالملك في حق وجوب الضمان واذا وجب الضمان على المتلف كان الضمان مع الشاة رهنا عند المرتهن لانه بدل المرهون فيقوم مقامه فان هلك الضمان لا يسقط شيء من الدين لانه بدل ما ليس بمضمون بالدين فكان حكمه حكم الاصل والاصل لو هلك يهلك بغير شيء كذا البدل وان هلكت الشاة سقطت حصتها من الدين لانها مرهونة مقصودة فكانت مضمونة بالهلاك ويفتك الراهن ضمان الزيادة بقدرها من الدين لان الزيادة تصير مقصودة بالفكاك فيصير لها حصة من الدين هذا اذا كان الاستهلاك بغير اذن فاما اذا كان باذن بان قال الراهن للمرتهن احلب الشاة فما حلبت

فهو حلال لك أو قال له كل هذا الحمل فحلب وشرب وأكل حل له ذلك ولا ضمان عليه لان الزيادة ملك الراهن فيصح اذنه بالاكل والشرب ولا يسقط شئ من دين المرتهن حتى لو جاء الراهن يفتك الشاة يفتكها بجميع الدين لان اتلاف المرتهن باذن الراهن مضاف الى الراهن كأنه أتلفه بنفسه ولو كان كذلك لكان لا يسقط شئ من الدين وكان عليه ضمان المتلف كذا هذا وان لم يفتكها حتى هلك تهلك بحصتها من الدين فيقسم الدين عليها وعلى لبنها أو ولدها على قدر قيمتها فما كان حصة الشاة يسقط وما كان حصة الزيادة يبقى ويخاطب الراهن بقضائه لان فعل المرتهن لما كان مضافاً الى الراهن كان مضموناً عليه كأنه فعل بنفسه فيصير للزيادة حصة من الدين فينظر الى قيمة الزيادة فان كان فيها خمسه كان فيها ثلث الدين وفى الشاة ثلثاه فاذا هلكت الشاة ذهب ثلثا الدين وبقى الثلث وعلى الراهن قضاؤه وكذلك لو استهلكه أجنبي باذن الراهن والمرتهن فالجواب فيه وفى المرتهن اذا استهلكه باذن الراهن سواء وقد ذكرناه ولو استهلكه الراهن باذن المرتهن لاشئ عليه لان الضمان لو وجب لوجب لحق المرتهن لا لحق نفسه لانه ملكه وقد أبطل المرتهن حق نفسه بالاذن فلا يستحق الضمان وجعل كأن الزيادة هلكت بآفة سماوية وبقيت الشاة رهناً بجميع الدين وان كان المرهون من بنى آدم فجنى عليه فجملة الكلام فى جنايات الرهن انها ثلاثة أقسام جناية غير الرهن على الرهن وجناية الرهن على غير الرهن وجناية الرهن على الرهن اما جناية غير الرهن على الرهن فلا يخلو اما ان كانت الجناية فى النفس واما ان كانت فيما دون النفس وكل ذلك لا يخلو اما ان كان عمداً أو خطأ أو فى معنى الخطأ والجانى لا يخلو اما ان كان حراً أو عبداً فان كانت فى النفس عمداً والجانى حر فللراهن أن يقتص اذا اجتمعا على الاقتصاص فى قول أبى حنيفة وقال محمد ليس له الاقتصاص وان اجتمعا عليه وعن أبى يوسف روايتان كذا ذكر الكرخى رحمه الله الاختلاف وذكر القاضى فى شرحه مختصر الطحاوى انه لا قصاص على قاتله وان اجتمع عليه الراهن والمرتهن ولم يذكر الخلاف (وجه) قول محمد ان استيفاء القصاص لا بد له من ولى والولى هنا غير معلوم لان ملك العين والرقبة للراهن وملك اليد والحبس للمرتهن فكان العبد مضافاً الى الراهن من وجه والى المرتهن من وجه فصار الولى مشتبهاً مجهولاً وجهالة الولى تمنع استيفاء القصاص كعبد المكاتب اذا قتل عمداً انه لا يقتص من قاتله وان اجتمع عليه المولى والمكاتب لما قلنا كذا هذا بخلاف العبد المشترك بين اثنين اذا قتل عمداً أن لهما الاقتصاص اذا اجتمعا عليه لان هناك الولاية لهما ثابتة على الشركة لثبوت الملك لكل واحد منهما فى النصف من كل وجه فكان الولى معلوما فامكن القول بوجوب القصاص لهما على الشركة لاستوائهما فى الملك (وجه) قول أبى حنيفة ان الملك للراهن من كل وجه وانما للمرتهن حق الحبس فقط والملك سبب لثبوت الولاية فكان الولى معلوما وكان ينبغى أن لا تتوقف ولاية الاستيفاء على رضا المرتهن الا انه توقف لتعلق حقه به فاذا رضى فقد زال المانع بخلاف عبد المكاتب لان الملك فيه للمولى من وجه وللمكاتب من وجه فلم يكن الملك فيه ثابتاً للمولى مطلقاً ولا للمكاتب مطلقا فأشبه الولى فامتنع الاستيفاء واذا اقتص القاتل سقط الدين لان العبد انما كان رهنا من حيث انه مال وقد بطلت ماليته بالقتل لا الى بدل اذ القصاص لا يصلح بدلا عن المالية فسقط القصاص كما لو هلك بنفسه هذا اذا اجتمعا على القصاص (فاما) اذا اختلفا لا يقتص القاتل لانه لا سبيل الى اثبات الاقتصاص للمرتهن لعدم ملك الرقبة ولا للراهن لان فى استيفائه ابطال حق المرتهن وهو الدين من غير رضاه وهذا لا يجوز وعلى القاتل قيمة المقتول فى ماله فى ثلاث سنين وكانت القيمة رهنا ولو اختلفا فأبطل القاضى القصاص ثم قضى الراهن الدين فلا قصاص لان حق المرتهن وان بطل بالفكاك لكن بعد ما حكم القاضى ببطلان القصاص فلا يحتمل العود وان كانت الجناية خطأ أو شبه عمد فعلى عاقلة القاتل قيمته فى ثلاث سنين يقبضها المرتهن فتكون رهنا لان العبد وان كان مضمونا من حيث انه آدمى لا من حيث انه مال على أصل أصحابنا رحمهم الله حتى لا تزاد ديته على دية الحر ولكنه مرهون من حيث انه مال لا من حيث انه آدمى فجاز أن تقوم قيمته مقامه وتكون رهنا عند المرتهن ثم ان كان الرهن مؤجلا كانت فى يده الى حل الاجل واذا حل فان

كانت القيمة من جنس الدين استوفى الدين منها وان بقى فيها فضل رده على الراهن وان كانت أقل من الدين استوفى منها من الدين بقدرها بالفضل أى يرجع بالبقية على الراهن وان كانت من خلاف جنس الدين حبسها فى يده الى وقت الفكاك وان كان الدين حالا فالحكم فيه وفيما اذا كان مؤجلا فحل سواء وقد بيناه وتعتبر قيمة العبد فى ضمان الاستهلاك يوم الاستهلاك وفى ضمان الرهن يوم القبض لان ضمان الاستهلاك يجب بالاستهلاك وضمان الرهن يجب بالقبض فيعتبر حال وجود السبب حتى لو كان الدين ألف درهم وقيمة العبد يوم الرهن ألفا فانتقصت قيمته فتراجعت الى خمسمائة فقتل غرم القاتل خمسمائة وسقط من الدين خمسمائة واذا غرم خمسمائة بالاستهلاك كانت هذه الدراهم رهنا بمثلها من الدين و يسقط الباقى من الدين لانه يصير مستوفيا كل الدين بها ولا يجوز استيفاء أكثر من خمسمائة بخمسمائة لما فيه من الربا وهذا بخلاف ما اذا قتله عبد أقل قيمة منه فدفع به لان الدفع لا يؤدى الى الربا لانه لا يجوز استيفاء كل الدين من هذا العبد ألا ترى انه لو باعه جاز وان كان لا يساويه فلم يكن فيه ربا وكذلك لو قتله المرتهن يغرم قيمته والحكم فيه وفى الاجنبى سواء وقد ذكرناه ولو قتله الراهن فهذا وما اذا كان الرهن من غير بنى آدم سواء وقد ذكرناه فيما تقدم هذا اذا كان الجانى حرا (اما) اذا كان عبدا أو أمة يخاطب مولى القاتل بالدفع أو بالفداء بقيمة المقتول فان اختار الدفع فان كانت قيمة المقتول مثل قيمة المدفوع أو أكثر فالمدفوع رهن بجميع الدين و يجبر الراهن على الافتكاك بلا خلاف وان كانت قيمته أقل من قيمة المقتول بان كانت قيمة المقتول ألفا والدين ألف وقيمة المدفوع مائة فهو رهن بجميع الدين أيضا و يجبر الراهن على الافتكاك بجميع الدين كما كان يجبر على افتكاك العبد المقتول لو كان حيا بجميع الدين فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد ان لم يكن بقيمة القاتل وفاء بقيمة المقتول فالراهن بالخيار ان شاء افتكه بجميع الدين وان شاء تركه للمرتهن بدينه فمحمد مر على أصله فى الجعل بالدين عند تعذر الجبر على الافتكاك وهنا تعذر لما فيه من الضرر بالراهن ولابى حنيفة وأبى يوسف انه لما دفع الثانى بالاول قام مقام الاول لحما ودما والاول كان رهنا بجميع الدين وكان يجبر الراهن على الافتكاك بجميع الدين فكذا الثانى وكذلك لو كان العبد المرتهن نقص فى السعر حتى صار يساوى مائة درهم فقتله عبد يساوى مائة درهم فدفع به فهو على الاختلاف هذا اذا كان اختار مولى القاتل الدفع فاما اذا اختار الفداء فانه يفديه بقيمة المقتول وكانت القيمة رهنا عند المرتهن ثم ينظر ان كانت القيمة من جنس الدين استوفى دينه منها وان كانت من خلاف الجنس حبسها رهنا حتى يستوفى جميع دينه و يجبر الراهن على الافتكاك عند أبى حنيفة وأبى يوسف وعند محمد يخير الراهن بين الافتكاك بجميع الدين و بين الترك للمرتهن بالدين وقد مرت المسئلة هذا اذا كانت الجناية فى النفس فاما اذا كانت فيما دون النفس فان كان الجانى حرا يجب ارشه فى ماله لا على عاقلته سواء كانت الجناية خطأ أو عمدا (اما) الوجوب فى ماله فلان العاقلة لا تعقل فيما دون النفس (وأما) التسوية بين الخطا والعمد فلأن القصاص لا يجرى بين الحر والعبد فيما دون النفس فاستوى فيه العمد والخطأ فى وجوب الارش فكان الارش رهناً مع العبد لانه بدل جزء مرهون وان كان الجانى عبدا يخاطب مولاه بالدفع أو الفداء بارش الجناية فان اختار الفداء بالارش كان الارش مع المجنى عليه رهناً وان اختار الدفع يكون الجانى مع المجنى عليه رهنا والخصومة فى ذلك كله الى المرتهن لان حق الحبس له والجانى فوت الحبس عن بعض أجزاء الرهن فله أن يقيم بدل الفائت فيقيمه مقامه رهنا هذا الذى ذكرنا حكم جناية غير الرهن على الرهن (وأما) حكم جناية الرهن على غير الرهن فجنايته لا تخلو اما ان كانت على بنى آدم واما ان كانت على غير بنى آدم من سائر الاموال فان كانت على بنى آدم فلا تخلو اما ان كانت عمدا واما ان كانت خطأ أو فى معناه فان كانت عمدا يقتص منه كما اذا لم تكن رهنا لان ملك الراهن لا يمنع وجوب القصاص الا ترى انه لا يمنع اذا لم يكن رهناً واذا لم يكن الملك مانعا فحق المرتهن أولى لانه دون الملك سواء قتل أجنبيا أو الراهن أو المرتهن لان القصاص ضمان الدم ولا حق للمولى فى دمه بل هو أجنبى عنه وكذا المرتهن من طريق الاولى اذ الثابت له الحق والحق دون الملك فصارت جنايته

على الراهن والمرتهن فى حق القصاص وجنايته على الاجنبى سواء واذا قتل قصاصا سقط الدين لان هلاكه حصل فى ضمان المرتهن فسقط دينه كما اذا هلك بنفسه هذا اذا كانت جنايته عمدا (فاما) اذا كانت خطأ أو ملحقة بالخطأ فان كانت شبه عمد أو كانت عمدا لكن القاتل ليس من أهل وجوب القصاص عليه بان كان صبيا أو مجنونا أو كانت جنايته فيما دون النفس فانه يدفع أو يفدى لان هذه الجنايات من العبيد والاماء توجب الدفع أو الفداء ثم ينظر ان كان العبد كله مضمونا بان كانت قيمته مثل الدين أو دونه نحو ان تكون قيمة العبد ألفا والدين ألفا أو كان الدين ألفا وقيمة العبد خمسمائة يخاطب المرتهن أولا بالفداء لانه بالفداء يستبقى حق نفسه فى الرهن بتطهيره عن الجناية من غير أن يسقط حق المرتهن ولو بدئ بالراهن وخوطب بالدفع أو الفداء على ما هو حكم الشرع فربما يختار الدفع فيبطل حق المرتهن و يسقط دينه فكانت البداءة بخطاب المرتهن بالفداء أولى واذا فداه بالارش فقد استخلصه واستصفاه عن الجناية وصار كأنه لم يجن أصلا فيبقى رهنا كما كان ولا يرجع بشئ مما فدى على الراهن لانه فدى ملك الغير بغير اذنه فكان متبرعا فيه فلا يملك الرجوع كما لو فداه أجنبى ولانه بالفداء أصلح الرهن باختياره واستبقى حق نفسه فكان عاملا لنفسه بالفداء فلا يرجع على غيره وليس له أن يدفع لان الدفع تمليك الرقبة وهو لا يملك رقبته وان أبى الراهن أن يفدى يخاطب الراهن بالدفع أو الفداء لان الاصل فى الخطاب هو الراهن لان الملك له وانما يبدأ بالمرتهن بخطاب الفداء صيانة لحقه فاذا أبى عاد الامر الى الاصل فان اختار الدفع بطل الرهن وسقط الدين (اما) بطلان الرهن فلان العبد زال عن ملكه بالدفع الى خلف فخرج عن كونه رهنا واما سقوط الدين فلان استحقاق الزوال حصل بمعنى فى ضمان المرتهن فصار كأنه هلك فى يده وكذلك ان اختار الفداء لانه صار قاضيا بما فدى المرتهن لان الفداء على المرتهن لحصول الجناية فى ضمانه الا انه لما أبى الفداء والراهن محتاج الى استخلاص عبده ولا يمكنه ذلك الا بالفداء فكان مضطرا فى الفداء فلم يكن متبرعا فكان له أن يرجع على المرتهن بما فدى وله على الراهن مثله فيصير قصاصا به واذا صار قاضيا دين المرتهن مما فدى ينظر الى ما فدى والى قدر قيمة العبد والى الدين فان كان الفداء مثل الدين وقيمة العبد مثل الدين أو أكثر سقط الدين كله وان كان الفداء أقل من الدين وقيمة العبد مثل الدين أو أكثر سقط من الدين بقدر الفداء وحبس العبد رهنا بالباقى وان كان الفداء قدر الدين أو أكثر وقيمة العبد أقل من الدين يسقط من الدين قدر قيمة العبد ولا يسقط أكثر منها لانه لو هلك العبد لا يسقط من الدين أكثر من قيمته فكذا عند الفداء وان كان العبد بعضه مضمونا والبعض أمانة بان كانت قيمة العبد ألفين والدين ألفا فالفداء عليهما جميعا لان نصفه مضمون ونصفه أمانة فكان فداء نصف المضمون منه على المرتهن وفداء نصف الامانة على الراهن فيخاطبان جميعا بالدفع أو بالفداء والمعنى من خطاب الدفع فى جانب المرتهن الرضا بالدفع لا فعل الدفع لان فعل الدفع ليس اليه ثم اذا خوطب بذلك (اما) ان اجتمعا على الدفع (واما) ان اجتمعا على الفداء (واما) ان اختلفا فاختار أحدهما الدفع والآخر الفداء والحال لا يخلو اما ان يكونا حاضرين واما ان كان أحدهما غائبا فان كانا حاضرين واجتمعا على الدفع ودفعا فقد سقط دين المرتهن لان الدفع بمنزلة الهلاك وان اجتمعا على الفداء فدى كل واحد منهما بنصف الارش واذا فديا طهرت رقبة العبد عن الجناية ويكون رهنا كما كان وكان كل واحد منهما متبرعا حتى لا يرجع على صاحبه بما فدى لان كل واحد منهما أدى ما عليه فكان مؤديا عن نفسه لا عن صاحبه وان اختلفا فأراد أحدهما الفداء والآخر الدفع فأيهما اختار الفداء فاختياره أولى (اما) المرتهن فلانه بالفداء يستبقى حق نفسه ولا يسقط حق الراهن والراهن بالدفع يسقط حق المرتهن فكان اختيار المرتهن أولى وأما الراهن فلانه يستبقى ملك الرقبة بالفداء والمرتهن باختيار الدفع يريد اسقاط دينه وابطال ملك الراهن فلم يكن له فى اختيار الدفع نفع بل كان سفها محضا وتعنتا باردا فلا يلتفت اليه فكان للراهن ان يفدى ثم أيهما اختار الفداء فدى العبد بجميع الارش ولا يملك الآخر دفعه ثم ينظر ان كان الذى اختار الدفع هو المرتهن ففدى بجميع الارش بقى العبد رهنا كما كان لانه طهرت رقبته عن الجناية بالفداء فصار كانه لم يجن و يرجع المرتهن على الراهن

بدينه وهل يرجع عليه بحصة الامانة ذكر الكرخى فيه روايتين فى رواية لا يرجع بل يكون متبرعا وفى رواية يرجع وذكر القاضى فى شرحه مختصر الطحاوى أنه لا يرجع الا بدينه خاصة ولم يذكر اختلاف الرواية (وجه) الرواية الاولى أنه التزم الفداء باختياره مع قدرته على أن لا يلتزم لانه لو لم يلتزم لخوطب الراهن فكان متبرعا فيه فلا يملك الرجوع (وجه) الرواية الاخرى أن المرتهن يحتاج الى إصلاح قدر المضمون منه ولا يمكنه ذلك الا باصلاح قدر الامانة فكان مضطرا فلم يكن متبرعا وان كان الذى اختار الفداء هو الراهن ففداه بجميع الارش لا يكون متبرعا بل يكون قاضيا بنصف الفداء دين المرتهن ثم ينظر ان كان نصف الفداء مثل كل الدين سقط الدين كله وان كان أقل منه سقط من الدين بقدره ورجع بالفضل على الراهن ويحبسه رهنا به هذا اذا كانا حاضرين فاما اذا كان أحدهما حاضرا فليس له ولاية الدفع أيهما كان سواء كان المرتهن أو الراهن أما المرتهن فلا شك فيه لانه لا ملك له فى العبد أصلا والدفع تمليك فلا يتصور بدون الملك وأما الراهن فلان الدفع إسقاط حق المرتهن وله ولاية الفداء بجميع الارش فان كان الحاضر هو المرتهن ففداه بجميع الارش لا يكون متبرعا فى نصف الفداء عند أبى حنيفة وله أن يرجع على الراهن بدينه و بنصف الفداء لكنه يحبس العبد رهنا بالدين وليس له أن يحبسه رهنا بنصف الفداء بعد قضاء الدين وعند أبى يوسف ومحمد كان المرتهن متبرعا فى نصف الفداء فلا يرجع على الراهن الا بدينه خاصة كما لو فداه بحضرة الراهن فهما سويا بين الغيبة والحضرة وجعلاه متبرعا فى الحالين جميعا وأبو حنيفة رضى الله عنه فرق بين حال الحضرة والغيبة فجعله متبرعا فى الحضرة لا فى الغيبة وان كان الحاضر هو الراهن ففداه بجميع الارش لا يكون متبرعا فى نصف الفداء بالاجماع بل يكون قاضيا بنصف الفداء دين المرتهن كما لو فداه الراهن بحضرة المرتهن وجه قولهما أن المرتهن فدى ملك الغير بغير إذنه فكان متبرعا كما لو فداه أجنبي ولهذا كان متبرعا فى حالة الحضرة كما فى الغيبة ولابى حنيفة رضى الله عنه أنه فى حال الحضرة التزم الفداء باختياره مع امكان خطاب الراهن فكان متبرعا والخطاب لا يمكن حالة الغيبة وهو محتاج الى إصلاح قدر المضمون ولا يمكنه ذلك الا باصلاح قدر الامانة فكان مضطرا فلم يكن متبرعا هذا الذى ذكرنا حكم جناية الرهن (فاما) حكم جناية ولد الرهن بان قتل انسانا خطأ فحكمه أنه لا فداء على المرتهن ويخاطب المولى بالدفع أو الفداء أما عدم وجوب الفداء على المرتهن فلان خطابه بفداء الرهن مع أنه ليس ملكه لحصول الجناية من الرهن فى ضمانه ولم يوجد فى الولد لانه ليس بمضمون أنه لو هلك يهلك بغير شئ وأما خطاب المولى بالدفع أو الفداء فلان الملك له فان دفعه خرج الولد عن الرهن ولم يسقط شئ من الدين أما خروجه عن الرهن فلزوال ملك الراهن عنه فيخرج عن الرهن كما لو هلك وأما عدم سقوط شئ من الدين فلان الولد غير مضمون بالهلاك بخلاف الام وان فدى فهو رهن مع أنه على حاله فان اختار الراهن الدفع فقال له المرتهن أنا أفدى فله ذلك لان الولد مرهون وان لم يكن مضمونا الا ترى أن الحكم الاصلى للرهن ثابت فيه وهو حق الحبس فكان الفداء منه اصلاحا للرهن فكان له ذلك هذا اذا جنى الرهن على أجنبي فاما اذا جنى على الراهن أو على المرتهن أما جنايته على نفس المرتهن جناية موجبة للمال أو على ماله فهدر لان العبد ملكه والمولى لا يجب له على عبده دين بخلاف جناية العبد المغصوب على المغصوب منه أو على ماله على أصل أبى حنيفة رحمه الله أنها معتبرة لان المضمونات تملك عند أداء الضمان من وقت الغصب فتبين أن تلك الجناية لم تكن جناية العبد على مولاه وأما جنايته على نفس المرتهن فهدر عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف ومحمد معتبرة يدفع أو يفدى ان رضى به المرتهن ويبطل الدين وان قال المرتهن لا أطلب الجناية لما فى الدفع أو الفداء من سقوط حقى فله ذلك وبطلت الجناية والعبد رهن على حاله هكذا أطلق الكرخى وذكر القاضى فى شرحه مختصر الطحاوى وفصل فقال ان كان العبد كله مضمونا بالدين فهو على الاختلاف وان كان بعضه مضمونا وبعضه أمانة فجنايته معتبرة بالاتفاق فيقال للراهن ان شئت فادفع وان شئت فافده فان دفعه وقبل المرتهن بطل الدين كله وصار العبد كله للراهن وان اختار الفداء فنصف الفداء على الراهن ونصفه على المرتهن فما

كان حصة المرتهن يبطل وما كان حصة الراهن يفدى والعبد رهن على حاله واختلافهم فى جناية الرهن على المرتهن نظير اختلافهم فى جنايته عند الغصب على الغاصب أنها هدر عند أبى حنيفة وعندهما معتبرة (وجه) قولهما أن هذه جناية وردت على غير المالك فكانت معتبرة كما اذا وردت على أجنبي وهذا لان الاصل فى الجنايات اعتبارها وسقوط الاعتبار لمكان عدم الفائدة وهنا فى اعتبار هذه الجناية فائدة لان موجبها الدفع وله فيه فائدة وهو الوصول الى ملك العبد وان كان فيه سقوط دينه ولابى حنيفة أن هذه الجناية وردت على غير المالك لكنها وجدت فى ضمان المرتهن فورودها على غير المالك ان كان يقتضى أن تكون معتبرة فوجودها فى ضمان المرتهن يقتضى أن لا تعتبر لانها توجب الفداء عليه وذلك غير ممكن لما فيه من ايجاب الضمان عليه له وأنه محال فوقع الشك والاحتمال فى اعتبارها فلا تعتبر هذا اذا جنى على نفس المرتهن فاما اذا جنى على ماله فان كانت قيمته والدين سواء وليس فى قيمته فضل فجنايته هدر بالاجماع لانه لا فائدة فى اعتبار هذه الجناية اذ ليس حكمها وجوب الدفع الى المرتهن ليملكه بل تعلق الدين برقبته فلو بيع وأخذ ثمنه لسقط دينه فلم يكن فى اعتبار هذه الجناية فائدة فلا تعتبر وان كانت قيمته أكثر من الدين فعن أبى حنيفة رحمه الله روايتان فى رواية تعتبر الجناية فى قدر الامانة وفى رواية لا يثبت حكم الجناية أصلا وجه الرواية الاولى أن المانع من الاعتبار كون العبد فى ضمان المرتهن وقدر الامانة وهو الفضل على الدين ليس فى ضمانه فامكن اعتبار الجناية فى ذلك القدر فلزم اعتبارها وجه الرواية الاخرى أن ذلك القدر وان لم يكن مضمونا فهو فى حكم المضمون لثبوت حكم الرهن فيه وهو الحبس فيمنع الاعتبار وأما جناية الرهن على ابن الراهن أو على ابن المرتهن فلا شك انها معتبرة لان المانع من الاعتبار فى حق الراهن هو كون العبد مملوكا له وفى حق المرتهن كونه فى ضمانه ولم يوجد شئ من ذلك هنا فكانت جنايته عليه وعلى الاجنبي سواء هذا الذى ذكرنا حكم جناية الرهن على بنى آدم وأما حكم جنايته على سائر الاموال بان استهلك مالا تستغرق رقبته فحكمها وحكم جناية غير الرهن سواء وهو تعلق الدين برقبته يباع فيه الا اذا قضى الراهن أو المرتهن دينه فاذا قضاه أحدهما فالحكم فيه والحكم فيما ذكرمن الفداء من جنايته على بنى آدم سواء وهو أنه ان قضى المرتهن الدين بقى دينه وبقى العبد رهنا على حاله لانه بالفداء استفرغ رقبة العبد عن الدين واستصفاها عنه فيبقى العبد رهنا بدينه كما كان لو فداه عن الجناية وان أبى المرتهن أن يقضى وقضاه الراهن بطل دين المرتهن لما ذكرنا فى الفداء من الجناية فان امتنعا عن قضاء دينه يباع العبد بالدين ويقضى دين الغريم من ثمنه لان دين العبد مقدم على حق المرتهن ألا ترى انه مقدم على حق المولى فعلى حق المرتهن أولى لانه دونه ثم اذا بيع العبد وقضى دين الغريم من ثمنه فثمنه لا يخلو اما ان يكون فيه وفاء بدين الغريم واما ان لم يكن فيه وفاء به فان كان فيه وفاء بدينه فدينه لا يخلو اما ان يكون مثل دين المرتهن واما ان يكون أكثر منه واما ان يكون أقل منه فان كان مثله أو أكثر منه سقط دين المرتهن كله لان العبد زال عن ملك الراهن بسبب وجد فى ضمان المرتهن فصار كانه هلك وما فضل من ثمن العبد يكون للراهن لانه بدل ملكه لا حق لاحد فيه فيكون له خاصة وان كان أقل منه سقط من دين المرتهن بقدره وما فضل من ثمن العبد يكون رهنا عند المرتهن بما بقى لانه لا دين فيه فيبقى رهنا ثم ان كان الدين قد حل أخذه بدينه ان كان من جنس حقه وان كان من خلاف جنس حقه أمسكه الى أن يستوفى حقه وان كان الدين لم يحل أمسكه بما بقى من دينه الى أن يحل هذا اذا كان كل العبد مضمونا بالدين فاما اذا كان نصفه مضمونا ونصفه أمانة لا يصرف الفاضل كله الى المرتهن بل يصرف نصفه الى المرتهن ونصفه الى الراهن لان قدر الامانة لا دين فيه فيصرف ذلك الى الراهن وكذلك ان كان قدر المضمون منه والامانة على التفاضل يصرف الفضل اليهما على قدر تفاوت المضمون والامانة فى ذلك لما قلنا وان لم يكن فى ثمن العبد وفاء بدين الغريم أخذ الغريم ثمنه وما بقى من دينه يتأخر الى ما بعد العتاق ولا يرجع به على أحد لانه لم يوجد سبب وجوب الضمان من أحد انما وجد منه وحكمه تعلق الدين برقبته واستيفاء الدين منها فاذا لم تف رقبته بالدين يتأخر ما بقى الى ما بعد العتق واذا أعتق وأدى الباقى لا يرجع بما أدى

على

على أحد لانه وجب عليه بفعله فلا يرجع على غيره وكذلك حكم جناية ولد الرهن على سائر الاموال وحكم جناية الام سواء فى أنه يتعلق الدين برقبته كما فى الام الا أن هنا لا يخاطب المرتهن بقضاء دين الغريم لان سبب وجوب الدين لم يوجد فى ضمان المرتهن ولان الولد ليس بمضمون بخلاف الام بل يخاطب الراهن بين ان يبيع الولد بالدين و بين ان يستخلفه بقضاء الدين فان قضى الدين بقى الولد رهنا كما كان وان بيع بالدين لا يسقط شئ من دين المرتهن لانه ليس بمضمون بخلاف الام هذا الذى ذكرنا حكم جناية غير الرهن على الرهن وحكم جناية الرهن على غير الرهن فاما حكم جناية الرهن على الرهن فنقول و بالله التوفيق جناية الرهن على الرهن نوعان جناية على الرهن نفسه وجناية على جنسه أما جنايته على نفسه فهى والهلاك بآفة سماوية سواء ثم ينظر ان كان العبد كله مضمونا سقط من الدين بقدر النقصان وان كان بعضه مضمونا و بعضه أمانة سقط من الدين قدر ما انتقص من المضمون لا من الامانة وأما جناية الرهن على نفسه فعلى ضربين أيضا جناية بنى آدم على جنسه وجناية البهيمة على جنسها وعلى غير جنسها أما جناية بنى آدم على جنسه بان كان الرهن عبدين فجنى أحدهما على صاحبه فالعبدان لا يخلوا ما ان كانا رهنا فى صفقة واحدة واما ان كانا رهنا فى صفقتين فان كانا رهنا فى صفقة واحدة فجنى أحدهما على صاحبه فجنايته لا تخلو من أربعة أقسام جناية المشغول على المشغول وجناية المشغول على الفارغ وجناية الفارغ على الفارغ وجناية الفارغ على المشغول والكل هدر الا واحدة وهى جناية الفارغ على المشغول فانها معتبرة و يتحول ما فى المشغول من الدين الى الفارغ و يكون رهنا مكانه أما جناية المشغول على المشغول فلانها لو اعتبرت اما ان تعتبر لحق المولى أعنى الراهن واما ان تعتبر لحق المرتهن والاعتبار لحق الرهن لا سبيل اليه فى الفصول كلها لان كل واحد منهما ملكه وجناية المملوك على المملوك ساقطة الاعتبار لحق المالك لان اعتبارها فى حقه لوجوب الدفع عليه أو الفداء له و إيجاب شئ على الانسان لنفسه ممتنع ولهذا لا يجب للمولى على عبده دين ولا سبيل الى اعتبار جناية المشغول على المشغول لحق المرتهن لان الاعتبار لحقه يحول ما فى المجنى عليه من الدين الى الجانى والجانى مشغول بدين نفسه والمشغول بنفسه لا يشتغل بغيره وكذلك جناية المشغول على الفارغ لما قلنا وأما جناية الفارغ على الفارغ فلانه لا دين للفارغ ليتحول الى الجانى فلا يفيد اعتبارها فى حقه وأما جناية الفارغ على المشغول فمكن الاعتبار لحق يتحول ما فيه من الدين الى الفارغ و بيان هذه الجملة فى مسائل اذا كان الدين ألفين والرهن عبدين يساوى كل واحد منهما ألفا فقتل أحدهما صاحبه او جنى عليه جناية فيما دون النفس مما قل ارشها أو كثر فجنايته هدر و يسقط الدين الذى كان فى المجنى عليه بقدره ولا يتحول قدر ما سقط الى الجانى لان كل واحد منهما مشغول كله بالدين وجناية المشغول على المشغول هدر فجعل كان المجنى عليه هلك بآفة سماوية ولو كان الدين ألفا فقتل أحدهما صاحبه فلا دفع ولا فداء وكان القاتل رهنا بسبعمائة وخمسين لان فى كل واحد منهما من الدين خمسمائة فكان نصف كل واحد منهما فارغا و نصفه مشغولا فاذا قتل أحدهما صاحبه فقد جنى كل واحد من نصفى القاتل على النصف المشغول والنصف الفارغ من المجنى عليه وجناية قدر المشغول على المشغول وقدر المشغول على الفارغ وقدر الفارغ على الفارغ هدر لما بينا فيسقط ما كان فيه شئ من الدين ولا يتحول الى الجانى وجناية قدر الفارغ على قدر المشغول معتبرة فيتحول قدر ما كان فيه الى الجانى وذلك مائتان وخمسون وقد كان فى الجانى خمسمائة فيبقى رهنا بسبعمائة وخمسين ولو فقأ أحدهما عين صاحبه تحول نصف ما كان من الدين فى العين الى الباقى فيصير الباقى رهنا بستمائة وخمسة وعشرين و بقى المفقوء عينه رهنا بمائتين وخمسين لان العبد الفاقئ جنى على نصف العبد الآخر لان العين من الآدمى نصفه الا أن ذلك النصف نصفه مشغول بالدين ونصفه فارغ من الدين والفاقئ جنى على النصف المشغول والفارغ جميعا والفاقئ نصفه مشغول ونصفه فارغ الا أن جناية المشغول على قدر المشغول والفارغ وجناية الفارغ على قدر الفارغ والمشغول فقدر جناية الفارغ على قدر المشغول معتبرة فيتحول قدر ما كان فى المشغول من الدين الى الفاقئ وذلك مائة وخمسة

وعشرون وقد كان فى الفاقئ خمسمائة فيصير الفاقئ رهنا بستمائة وخمسة وعشرين ويبقى المفقوءعينه رهنا بمائتين وخمسين لانعدام ورود الجناية على ذلك النصف والله عز وجل أعلم وان كان العبدان رهنا فى صفقتين فان كان فيهما فضل على الدين بان كان الدين الفا وقدر كل واحد منهما الفا فقتل أحدهما الآخر تعتبر الجناية رهنا بخلاف الفصل الاول لان الصفقة اذا تفرقت صارت بمنزلة مالو رهن كل واحد منهما رجلا على حدة فجنى أحدهما على الآخر وهناك يثبت حكم الجناية كذا ههنا بخلاف ما اذا اتحدت الصفقة واذا اعتبرت الجناية هنا يخير الراهن والمرتهن فان شاآ جعلا القاتل مكان المقتول فيبطل ما كان فى القاتل من الدين وان شاآ فديا القاتل بقيمة المقتول ويكون رهنا مكان المقتول والقاتل رهن على حاله وان لم يكن فيهما فضل على الدين بان كان الدين الفين وقيمة كل واحد منهما الفا فقتل أحدهما الآخر فان دفعاه فى الجناية قام المدفوع مقام المقتول ويبطل الدين الذى كان فى القاتل وان قالا نفدى فالفداء كله على المرتهن بخلاف الفصل الاول لان هناك كل واحد منهما ليس بمضمون كله بل بعضه وهنا كل واحد منهما مضمون كله فاذا حل الدين دفع الراهن الفا وأخذ عبده وكانت الالف الاخرى قصاصا بهذه الالف اذا كان مثله ولو فقأ أحدهما عين الآخر قيل لهما ادفعاه أو افدياه فان دفعاه بطل ما كان فيه من الدين وان فدياه كان الفداء عليهما نصفين وكان الفداء رهنا مع المفقوءعينه لان الجناية معتبرة لما ذكرنا فصار كعبد الرهن اذا جنى على عبد أجنبى فان قال المرتهن أنا لا أفدى ولكنى أدع الرهن على حاله فله ذلك وكان الفاقئ رهنا مكانه على حاله وقد ذهب نصف ما كان فى المفقوء من الدين لان اعتبار الجناية انما كان لحق المرتهن لا لحق الراهن فاذا رضى المرتهن بهدر الجناية صار هدرا وان قال الراهن أنا أفدى وقال المرتهن لا أفدى كان للراهن أن يفديه وهذا اذا طلب المرتهن حكم الجناية لانه اذا طلب حكم الجناية فحكمها التخيير وان أبى الراهن الفداء وقال المرتهن أنا أفدى والراهن حاضر أو غائب فهو على ما بينا فى العبد الواحد (وأما) جناية البهيمة على جنسها فهى هدر لما روى عن النبى عليه الصلاة والسلام انه قال جرح العجماء جبار أى هدر والعجماء البهيمة والجناية اذا هدرت سقط اعتبارها وصار الهلاك بها والهلاك بآفة سماوية سواء وكذلك جنايتها على خلاف جنسها هدر لعموم الحديث وأما جناية بنى آدم عليها فحكمها وحكم جنايته على سائر الاموال سواء وقد بينا ذلك

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما يخرج به المرهون عن كونه مرهونا ويبطل به عقد الرهن وما لا يخرج ولا يبطل فنقول وبالله التوفيق يخرج المرهون عن كونه مرهونا ويبطل الرهن بالاقالة لانها فسخ العقد ونقضه والشئ لا يبقى مع ما ينقضه الا أنه لا يبطله بنفس الاقالة من العاقدين ما لم يرد المرتهن الرهن على الراهن بعد الاقالة حتى كان للمرتهن حبسه بعد الاقالة لان العقد لا ينعقد فى الحكم بدون القبض فلا يتم فسخه بدون فسخه أيضا وفسخه بالرد وعلى هذا يخرج ما اذا رهن عبدا يساوى الفا بألف فقبضه المرتهن ثم جاء الراهن بجارية وقال للمرتهن خذها مكان الاولى ورد العبد الى لا شك ان هذا جائز لان هذا اقالة العقد فى الاول وانشاء العقد فى الثانى وهما يملكان ذلك الا أنه لا يخرج الاول عن ضمان الرهن الا بالرد على الراهن حتى لو هلك فى يده قبل الرد يهلك بالدين لما ذكرنا أن القبض فى هذا الباب يجرى مجرى الركن حتى لا يثبت الضمان بدونه فلا يتم الفسخ بدون نقض القبض وكذا لا يدخل الثانى فى الضمان الا برد الاول حتى لو هلك الثانى فى يده قبل رد الاول يهلك أمانة لان الراهن لم يرض برهنيتهما على الجميع وانما رضى برهن أحدهما حيث رهن الثانى وطلب رد الاول والاول كان مضمونا بالقبض فما لم يخرج عن كونه مضمونا ببعض القبض فيه لا يدخل الثانى فى الضمان ولو هلكا جميعا فى يد المرتهن فسقط الدين بهلاك العبد وهلكت الجارية بغير شئ لانها أمانة هلكت فى يده فتهلك هلاك الامانات ولو قبض الراهن العبد وسلم الجارية خرج عن الضمان لانه خرج عن كونه مرهونا وصارت الجارية مضمونة حتى لو هلكت تهلك بالدين لانه رهنها بالدين الذى كان العبد مرهونا به والعبد كان مضمونا بذلك الدين فكذا الجارية فان كانت قيمة العبد خمسمائة وهو رهن بألف وقيمة

الجارية ألف فهلكت تهلك بالالف لانه رهن الجارية بعقد على حدة فكانت رهنا ابتداء الا أن شرط كونه مضمونا رد الاول لانه لم يرض برهنهما جميعا الا أن يكون الثانى بدل الاول بل هو مقصود بنفسه فى كونه رهنا فكان المضمون قدر قيمته لا قدر قيمة الاول ولو كان العبد يساوى ألفا والجارية تساوى خمسمائة فرد العبد على الراهن وقبض الجارية فهى رهن بالالف ولكنها ان هلكت تهلك بخمسمائة لما ذكرنا ان الثانى أصل بنفسه لكونه مرهونا بعقد على حدة فيعتبر فى الضمان قدر قيمته ولا يخرج باستيفاء الدين حتى لو هلك فى يد المرتهن بعد ما استوفى دينه فعليه رد ما استوفى ويخرج بالابراء عن الدين عند أصحابنا الثلاثة رحمهم الله ويبطل الرهن خلافا لزفر والمسئلة مرت فى مواضع أخر من هذا الكتاب ولا يخرج بالاعارة ويخرج بالاجارة بان أجره الراهن من أجنبي باذن المرتهن أو المرتهن باذن الراهن أو استأجره المرتهن ويبطل الرهن وقد ذكرنا الفرق بينهما فيما تقدم ويخرج بالكتابة والهبة والصدقة اذا فعل أحدهما باذن صاحبه ويخرج بالبيع بان باعه الراهن أو المرتهن باذن الراهن أو باعه العدل لان ملك المرهون قد زال بالبيع ولكن لا يبطل الرهن لانه زال الى خلف وهو الثمن فبقى العقد عليه وكذا فى كل موضع خرج واختلف بدلا ويخرج بالاعتاق اذا كان المعتق موسرا بالاتفاق وان كان معسرا فكذلك عندنا وعند الشافعى رحمه الله لا يخرج بناء على ان الاعتاق نافذ عندنا وعنده لا ينفذ (وجه) قوله ان هذا اعتاق تضمن ابطال حق المرتهن ولا شك انه تضمن ابطال حقه لان حقه متعلق بالرهن ويبطل بالاعتاق وعصمة حقه تمنع من الابطال ولهذا لا ينفذ البيع كذا الاعتاق بخلاف ما اذا كان الراهن موسرا لان هناك لم يوجد الابطال لانه يمكنه الوصول الى دينه للحال من جهة الراهن (ولنا) ان اعتاقه صادف موقوفا هو مملوكه رقبة فينفذ كاعتاقه الآبق والمستأجر ودلالة الوصف ظاهر لان المرهون مملوك للراهن عينا ورقبة ان لم يكن مملوكا يدا وحبسا وملك الرقبة يكفى لنفاذ الاعتاق كما فى اعتاق العبد المستأجر والآبق وقوله يبطل حق المرتهن قلنا نعم لكن ضرورة بطلان ملك الراهن وذا لا يمنع النفاذ كما فى موضع الاجماع مع ما ان الثابت للراهن حقيقة الملك والثابت للمرتهن حق الحبس ولا شك ان اعتبار الحقيقة أولى لانها أقوى بخلاف البيع لان نفاذه يعتمد قيام ملك الرقبة واليد جميعا لان القدرة على تسليم المبيع شرط نفاذه ولم يوجد فى المرهون لانه فى يد المرتهن فاذا نفذ اعتاقه خرج العبد عن أن يكون مرهونا لانه صار حرا من كل وجه والحر من وجه وهو المدبر لا يصلح للرهن فالحر من كل وجه أولى ولهذا لم يصلح رهنا فى حالة الابتداء فكذا فى حالة البقاء ثم ينظر ان كان الراهن موسرا والدين حال يجبر الراهن على قضائه لانه لا معنى لايجاب الضمان وكذلك ان كان الدين مؤجلا وقد حل الاجل وان كان لم يحل غرم الراهن قيمة العبد وأخذه المرتهن رهنا مكانه ولا سعاية على العبد أما وجوب الضمان على الراهن فلانه أبطل على المرتهن حقه حقا قويا هو فى معنى الملك أو هو ملكه من وجه لصيرورته مستوفيا دينه من ماليته من وجه فجاز أن يكون مضمونا بالاتلاف وأما كونه رهنا فلانه بدل العبد وفى الحقيقة بدل ماليته فيقوم مقامه واذا حل الاجل ينظر ان كانت القيمة من جنس الدين يستوفى منها دينه فان كانت قيمته أكثر من الدين رد الفضل على الراهن وان كانت قيمته أقل من الدين يرجع بفضل الدين على الراهن وان كانت قيمته من خلاف جنس الدين حبسها بالدين حتى يستوفى دينه (وأما) عدم وجوب السعاية على العبد فلانه لم يوجد منه سبب وجوب الضمان وهو الاتلاف لان الاتلاف وجد من الراهن لا من العبد ومؤاخذة الانسان بالضمان من غير مباشرة سبب منه خلاف الاصل وكذلك لو كان الراهن موسرا وقت الاعتاق ثم أعسر بعد ذلك لان العبرة لوقت الاعتاق لانه وقت مباشرة سبب وجوب الضمان وان كان معسرا فللمرتهن أن يرجع بدينه على الراهن ان شاء وان شاء استسعى العبد فى الاقل من قيمته ومن الدين ويعتبر فى العبد أيضا أقل قيمته وقت الرهن ووقت الاعتاق ويسعى فى الاقل منهما ومن الدين حتى لو كان الدين ألفين وقيمة العبد وقت الرهن ألفا فازدادت قيمته فى يد المرتهن حتى صارت تساوى ألفين ثم أعتقه الراهن وهو معسر سعى العبد فى ألف قدر

قيمته وقت الرهن ولو انتقصت قيمته حتى صار يساوى خمسمائة سعى فى خمسمائة قدر قيمته وقت الاعتاق (أما) اختيار الرجوع على الراهن فلانه أبطل حقه بالاعتاق (وأما) ولاية استسعاء العبد فلان بالرهن صارت مالية هذا العبد مملوكة للمرتهن من وجه لانه صار مستوفيا الدين منه من ماليته فاذا أعتقه الراهن فقد صارت هذه المالية محتبسة عند العبد فوصلت الى العبد بالاتلاف مالية مشغولة بحق المرتهن فكان للمرتهن أن يستخرجها منه ولا يمكنه ذلك الا باستسعاء العبد فله أن يستسعيه بخلاف حالة اليسار لان الدين فى الحقيقة على الراهن وانما العبد جعل محلا لاستيفاء الدين منه عند تعذر الاستيفاء من الراهن على ما هو موضوع الرهن فى الشرع ان الراهن يؤمر بقضاء الدين وعند التعذر يستوفى من الرهن كما قبل الاعتاق والتعذر عند اعسار الراهن لا عند يساره فيسعى فى حال الاعسار لا فى حال اليسار و بخلاف العبد المشترى قبل القبض اذا أعتقه المشترى وهو مفلس لا يكون للبائع ولاية استسعاء العبد بقدر الثمن وان كان محبوسا قبل التسليم بالثمن كالمرهون محبوس بالدين لان العبد بنفس البيع خرج عن ملك البائع من كل وجه فلم يوجد احتباس مالية مملوكة للبائع عند العبد وانما للبائع مجرد حق الحبس فاذا خرج عن محلية الحبس بالاعتاق بطل حق الحبس أصلا وبقى حقه فى مطالبة المشترى بالثمن فحسب أما ههنا فبخلافه (وأما) السعاية فى الاقل من قيمته ومن الدين فلما ذكرنا ان الاستسعاء لمكان ضرورة المالية المملوكة للمرتهن من وجه محتبسة عند العبد فتقدر السعاية بقدر الاحتباس ثم اذا سعى العبد يرجع بما سعى على الراهن لانه قضى دين الراهن من خالص ملكه على وجه الاضطرار لان الشرع أوجب عليه السعاية والقاضى ألزمه ومن قضى دين غيره مضطرا من مال نفسه لا يكون متبرعا ويرجع عليه كالوارث اذا قضى دين الميت من مال نفسه انه يرجع على التركة كذا هذا فان بقى بعد السعاية شىء من الدين رجع المرتهن بذلك على الراهن ولو نقص العبد فى السعر قبل الاعتاق بان كان الدين ألفا وقيمة العبد وقت الرهن ألفا فنقص فى السعر حتى عادت قيمته الى خمسمائة ثم أعتقه الراهن وهو معسر سعى فى قدر قيمته وقت الاعتاق وهو خمسمائة فللمرتهن أن يرجع على الراهن بخمسمائة أخرى لانه لم يصل اليه من حقه الا قدر خمسمائة فله أن يرجع عليه بالباقى ولو لم ينتقص العبد فى السعر ولكنه قتله عبد يساوى مائة درهم فدفع مكانه فاعتقه الراهن وهو معسر يسعى فى قيمته مائة درهم ويرجع بذلك على الراهن ويرجع المرتهن على الراهن بتسعمائة لانه لما دفع به فقد قام مقام الاول لحما ودما فصار رهنا بجميع المال كان الاول قائم وتراجع سعره الى مائة فاعتقه الراهن وهو معسر ولو كان كذلك لسعى فى قيمته وقت الاعتاق مائة درهم ويرجع بذلك على الراهن وكان للمرتهن أن يرجع ببقية دينه على الراهن كذا هذا ولو كان الرهن جارية تساوى ألفا بألف فولدت ولدا يساوى ألفا فاعتقهما المولى وهو معسر سعيا فى ألف لان الضمان فيهما ألف ولو لم تلد ولكن قتلها عبد قيمته ألفان فدفع بها ثم أعتقه المولى سعى فى ألف درهم لانه كان مضمونا بهذا القدر لقيامه مقام المقتولة لحما ودما وهى كانت مضمونة بهذا القدر كذا هذا ولو قال المولى لعبده رهنتك عند فلان وكذبه العبد ثم أعتقه المولى وهو معسر فالقول قول المولى ولزمه السعاية عند أصحابنا الثلاثة رضى الله عنهم وقال زفر رحمه الله القول قول العبد ولا سعاية عليه (وجه) قوله ان المولى بهذا الاقرار يريد الزام السعاية على العبد وقوله فى الزام السعاية عليه غير مقبول كما لو أقر عليه بذلك بعد الاعتاق (ولنا) انه أقر بما يملك انشاءه عليه للحال لثبوت الولاية له عليه للحال لوجود سبب الولاية وهو الملك فيصح ولا يلتفت الى تكذيب العبد بخلاف ما بعد الاعتاق لانه هناك أقر بما لا يملك للحال انشاءه لزوال ملك الولاية بالاعتاق هذا اذا أعتقه فاما اذا دبره فيجوز تدبيره ويخرج عن كونه رهنا أما جواز التدبير فلانه يقف على قيام ملك الرقبة كجواز الاعتاق وملك الرقبة قائم بعد الرهن (وأما) خروجه عن الرهن فلان المدبر لا يصلح رهنا لان كون المرهون مالا مطلقا شرط جواز الرهن على ما بينا فيما تقدم وبالتدبير خرج من أن يكون مالا مطلقا فيخرج عن كونه رهنا ولهذا لم يصلح رهنا ابتداء فكذا فى حالة البقاء وهل يسعى للمرتهن لا خلاف فى أن الراهن اذا كان معسرا يسعى (وأما) اذا كان موسرا ذكر الكرخى

رحمه الله انه يسعى وذكر القاضى فى شرحه مختصر الطحاوى انه لا يسعى وسوى بين المرتهن و بين الاعتاق وهوان الدين ان كان حالا أخذ المرتهن جميع دينه من الراهن وان كان مؤجلا أخذ قيمة العبد من الراهن و يكون رهنا مكانه كما فى الاعتاق (وجه) ماذكره الكرخى ان الدين على المولى وكسب المدبر ملك المولى لانه بالتدبير لم يخرج عن ملك المولى فكانت سعاية مال المولى فكان صرف السعاية الى المرتهن قضاء دين المولى من مال المولى فيستوى فيه حال الاعسار واليسار بخلاف كسب المعتق لانه كسب الحر من كل وجه وكسب الحر من كل وجه ملكه فكانت السعاية ملكه والاصل أن لا يؤمر الانسان بقضاء دين غيره من مال نفسه الا عند العجز عن القضاء بنفسه فيتقيد بحال العجز وهى حالة الاعسار (وجه) ماذكره القاضى أن السعاية وان كانت ملك المولى لكن لا صنع للعبد فى الكتابة بسبب وجوبها اذ لا صنع له فى التدبير بل هو فعل المولى ومهما أمكن ايجاب الضمان على من وجد منه مباشرة بسبب وجوبه كان أولى من ايجابه على من لا صنع فيه أصلا و رأسا فاذا كان المولى معسرا كان الامكان ثابتا فلا معنى لايجاب السعاية على العبد ثم اذا سعى فى حالة الاعسار يسعى فى جميع الدين بالغا ما بلغ لان السعاية مال المولى فكان الاستسعاء من المرتهن استيفاء الدين من مال المولى فكان له أن يستوفيه بتمامه سواء كان الدين حالا أو مؤجلا لما قلنا وقيل ان كان الدين حالا فكذلك فاما اذا كان مؤجلا فلا يسعى الا فى قدر قيمته و يكون رهنا مكانه وهكذا ذكر القاضى فى شرحه مختصر الطحاوى (و وجه) الفرق على هذا القول ان الدين اذا كان حالا كان واجب القضاء للحال على سبيل التضييق وهذا مال المولى فيقضى منه دينه على الكمال واذا كان مؤجلا لا يجب قضاؤه للحال أصلا ولا يجب على سبيل التضييق الا أن الراهن بالتدبير فوت حق المرتهن فتجب اعادة حقه اليه بعوض يقوم مقامه جبرا للفائت فيتقدر الجائز بقدر الفائت فيستسعيه بقدر قيمته و يكون رهنا مكانه ولا يرجع المدبر بما يسعى على الراهن بخلاف المعتق فوقع الفرق بين التدبير والاعتاق فى موضعين (أحدهما) ان المدبر يسعى فى جميع الدين بالغا ما بلغ ولا ينظر الى القيمة والمعتق يسعى فى الاقل من قيمته ومن الدين والثانى ان المدبر لا يرجع بما يسعى على المولى والمعتق يرجع والفرق بينهما يرجع الى حرف واحد وهو ان سعاية المدبر ملك مولاه لكون المدبر ملكه اذ الفائت بالتدبير ليس الا منفعة البيع فكان الاستسعاء استيفاء الدين من مال المولى فله أن يستوفيه على التمام والكمال ولا يرجع بما يسعى على المولى لانه قضى دين المولى من مال المولى فكيف يرجع عليه بخلاف المعتق لان سعايته ملكه على الخصوص لانه حر خالص الا أنه لزمته السعاية لاستخراج ملك المرتهن من وجه المحتبس عنده وهو مال فتتقدر السعاية بقدر الاحتباس و يرجع بالسعاية على المولى اذا كان معسرا لانه قضى دينا واجبا عليه من مال نفسه مضطرا فيملك الرجوع فى الشرع على ما بينا بخلاف المدبر والله أعلم وعلى ماذكره الكرخى رحمه الله يقع الفرق بينهما فى موضع ثالث أيضا وهو ان المدبر يسعى فى ايسار المولى والمعتق لا يسعى مع ايساره وقد بينا وجه ذلك فيما تقدم هذا اذا أعتق او دبر فاما اذا استولد بأن كان الرهن جارية فحبلت عند المرتهن فادعاه الراهن فدعواه لا يخلو اما ان كانت قبل وضع الحمل واما ان كانت بعده فان كانت قبل وضع الحمل صحت دعوته و يثبت نسب الولد منه وصارت الجارية ام ولد له وخرجت عن الرهن (أما) صحة الدعوة فلان الجارية ملكه من كل وجه والملك من وجه يكفى لصحة الدعوة فالملك من كل وجه أولى وثبوت النسب حكم صحة الدعوة وصيرورة الجارية أم ولد له حكم ثبوت النسب وخروج الجارية عن الرهن حكم الاستيلاد وهو صيرورتها أم ولد له لان أم الولد لا تصلح للرهن ألا ترى انها لا تصلح رهنا ابتداء فكذا فى حال البقاء ولا سعاية على الولد لانه صار حرا قبل الولادة فلم يدخل فى الرهن فلا يثبت حكم الرهن فيه (وأما) الجارية فحكمها حكم العبد المرهون اذا دبره الراهن وقد بينا ذلك كله وان كانت الجارية وضعت الحمل ثم ادعى الراهن الولد صحت دعوته وثبت النسب وصار حرا وصارت الجارية أم ولد له وخرجت من الرهن لما ذكرنا فى الفصل الاول الا أن هنا صار الولد حرا بعد ما دخل فى الرهن وصارت له حصة من الرهن فيقسم الدين عليهما على قدر قيمتهما الا أن قيمة

الجارية تعتبر يوم الرهن وقيمة الولد تعتبر يوم الدعوة فيكون حكم الجارية فى حصتها من الدين حكم المدبر فى جميع الدين وقد ذكرنا ذلك وحكم الولد فى حصته من الدين حكم المعتق فى جميع ما ذكرنا وقد بينا ذلك الا أن هناك ينظر الى ثلاثة أشياء الى قيمة العبد وقت الرهن والى قيمته وقت الاعتاق والى الدين فيسعى فى الاقل من الاشياء الثلاثة وهنا ينظر فقط الى قيمة الولد وقت الدعوة والى حصته من الدين فيسعى فى أقلهما اذا كان الراهن معسرا أو يرجع بما سعى عليه

﴿ فصل ﴾ (وأما) حكم اختلاف الراهن والمرتهن والعدل فنقول وبالله التوفيق اذا كان الدين ألف درهم فاختلف الراهن والمرتهن فى قدر المرهون به فقال الراهن انه رهن بخمسمائة وقال المرتهن بألف فالقول قول الراهن مع يمينه لان المرتهن يدعى على الراهن زيادة ضمان وهو ينكر فكان القول قوله ولو أقاما البينة فالبينة بينة المرتهن لانها تثبت زيادة ضمان ولو قال الراهن رهنته بجميع الدين الذى لك على وهو ألف والرهن يساوى ألفا وقال المرتهن ارتهنته بخمسمائة والرهن قائم فقد روى عن أبى حنيفة ان القول قول الراهن ويتحالفان ويترادان لانهما اختلفا فى قدر ما وقع عليه العقد وهو المرهون به فاشبه اختلاف البائع والمشترى فى مقدار الثمن وهناك يتحالفان ويترادان كذا هنا فان هلك الرهن قبل أن يتحالفا كان كما قال المرتهن لان الراهن يدعى عليه زيادة ضمان وهو ينكر وان اتفقا على ان الرهن كان بألف واختلفا فى قيمة الجارية فالقول قول المرتهن لان الراهن يدعى عليه زيادة ضمان وهو ينكر ولهذا كان القول قول الغاصب فى مقدار الضمان فكذا هذا ولو أقاما البينة فالبينة بينة الراهن لانها تثبت زيادة ضمان وكذلك لو كان الرهن ثوبين هلك أحدهما فاختلفا فى قيمة الهالك ان القول قول المرتهن فى قيمة الهالك والبينة بينة الراهن فى زيادة القيمة لما قلنا وكذلك لو اختلفا فى قدر الرهن فقال المرتهن رهنتنى هذين الثوبين بألف درهم وقال الراهن رهنت أحدهما بعينه يحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه لانهما اختلفا فى قدر المعقود عليه وانه يوجب التحالف كما فى باب البيع ولو أقاما البينة فالبينة بينة المرتهن هكذا ذكر فى الاصل لانها تثبت زيادة ضمان ولو قال الراهن للمرتهن هلك الرهن فى يدك وقال المرتهن قبضته منى بعد الرهن فهلك فى يدك فالقول قول الراهن لانهما اتفقا على دخوله فى الضمان والمرتهن يدعى البراءة والراهن ينكر فكان القول قوله ولو أقاما البينة فالبينة بينته أيضا لانها تثبت استيفاء الدين وبينة المرتهن تنفى ذلك فالمثبتة أولى ولو قال المرتهن هلك فى يد الراهن قبل أن أقبضه فالقول قوله لان الراهن يدعى دخوله فى الضمان وهو ينكر ولو أقاما البينة فالبينة بينة الراهن لانها تثبت الضمان ولو كان الرهن عبدا فاعور فاختلفا فقال الراهن كانت القيمة يوم الرهن ألفا فذهب بالاعورار النصف خمسمائة وقال المرتهن لا بل كانت قيمته يوم الرهن خمسمائة وانما ازداد بعد ذلك فانما ذهب من حقى الربع مائتان وخمسون فالقول قول الراهن لانه يستدل بالحال على الماضى فكان الظاهر شاهدا له وان أقاما البينة فالبينة بينته أيضا لانها تثبت زيادة ضمان فكانت أولى بالقبول ولو كان الدين مائة والرهن فى يد عدل فباعه فاختلفا فقال الراهن باعه بمائة وقال المرتهن بخمسين ودفع الى وصدق العدل الراهن فالقول قول المرتهن مع يمينه لان المرهون خرج عن كونه مضمونا بنفسه بخروجه عن كونه رهنا بالمبيع وتحول الضمان الى الثمن فالراهن يدعى تحول زيادة ضمان وهو ينكر فكان القول قوله كما اذا اختلفا فى مقدار قيمة الرهن بعد هلاكه ولو أقاما البينة فالبينة بينة الراهن لانها تثبت زيادة ضمان وبينة المرتهن تنفى تلك الزيادة فالمثبتة أولى لان اتفاقهما على الرهن اتفاق منهما على الدخول فى الضمان فالمرتهن بدعوى البيع يدعى خروجه عن الضمان وتحول الضمان الى الثمن والراهن ينكر فكان القول قوله مع يمينه وكذلك قال أبو حنيفة رضى الله عنه اذا كان الرهن مثل الدين فى القيمة والمرتهن مسلط على بيعه بان ادعى انه باعه بمثل الثمن وهو ألف فالقول قوله وان قال بعته بتسعمائة لم يقبل قوله فصار كأنه ضاع ولا يرجع على الراهن بالنقصان الى ان تجىء بينته أو يصدقه لما ذكرنا انه كان مضمونا فلا يقبل قوله فى انتقال الضمان وكذلك العدل اذا قال بعت بتسعمائة ولا يعلم الا بقوله لم يكن على العدل الا تسعمائة

ويكون الراهن راهنا بما فيه ولا يرجع المرتهن على الراهن بالمائة الفاضلة لان قول العدل مقبول فى براءة نفسه غير مقبول فى اسقاط الضمان عن بعض ما تعلق به ولا فى الرجوع على الراهن وذكر فى الاصل اذا كان المرتهن مسلطا على البيع فأقام بينة انه باعه بتسعة وأقام الراهن بينة انه مات فى يد المرتهن أخذ ببينة المرتهن وقال أبو يوسف يؤخذ ببينة الراهن (وجه) قوله ان بينة الراهن تثبت زيادة ضمان بنفيها بينة المرتهن فكانت المثبتة أولى (وجه) رواية الاصل ان بينة المرتهن تثبت أمرا لم يكن وهو تحول الضمان من العين الى الثمن و بينة الراهن تقرر ضمانا كان ثابتا قبل الموت فكانت المثبتة أولى والله تعالى أعلم

﴿ كتاب المزارعة ﴾

الكلام فى هذا الكتاب فى مواضع فى معنى المزارعة لغة وشرعا وفى بيان شرعيتها وفى بيان ركن المزارعة وفى بيان الشرائط المصححة للركن على قول من يجيز المزارعة والشرائط المفسدة لها وفى بيان حكم المزارعة الصحيحة وفى بيان حكم المزارعة الفاسدة وفى بيان المعانى التى هى عذر فى فسخ المزارعة وفى بيان الذى ينفسخ به عقد المزارعة بعد وجودها وفى بيان حكم المزارعة المنفسخة (اما) الاول فالمزارعة فى اللغة مفاعلة من الزرع وهو الانبات والانبات المضاف الى العبد مباشرة فعل أجرى الله سبحانه وتعالى العادة بحصول النبات عقيبه لا بتخليقه وايجاده وفى عرف الشرع عبارة عن العقد على المزارعة ببعض الخارج بشرائطه الموضوعة له شرعا فان قيل المزارعة من باب المفاعلة فيقتضى وجود الفعل من اثنين كالمقابلة والمضاربة ونحوهما وفعل الزرع يوجد من العامل دون غيره بدليل انه يسمى هو مزارعا دون رب الارض والبذر ومن لا عمل من جهته فكيف يسمى هذا العقد مزارعة فالجواب عنه من وجهين أحدهما ان المفاعلة جاز أن تستعمل فيما لا يوجد الفعل الا من واحد كالمداواة والمعالجة وان كان الفعل لا يوجد الا من الطبيب والمعالج وقال الله تعالى عز شأنه قاتلهم الله أنى يؤفكون ولا أحد يقصد مقاتلة الله عز شأنه فكذلك المزارعة جاز أن تكون كذلك والثانى ان كان أصل الباب ماذكر فقد وجد الفعل هنا من اثنين لان المزارعة مفاعلة من الزرع والزرع هو الانبات لغة وشرعا والانبات المتصور من العبد هو التسبيب لحصول النبات وفعل التسبيب وجد من كل واحد منهما الا ان التسبيب من أحدهما بالعمل ومن الآخر بالتمكين من العمل باعطاء الآلات والاسباب التى لا يحصل العمل بدونها عادة فكان كل واحد منهما مزارعا حقيقة لوجود فعل الزرع منه بطريق التسبيب الا انه اختص العامل بهذا الاسم فى العرف ومثل هذا جائز كاسم الدابة ونحوه على ما عرف فى أصول الفقه

﴿ فصل ﴾ وأما شرعية المزارعة فقد اختلف فيها قال أبو حنيفة عليه الرحمة انها غير مشروعة و به أخذ الشافعى رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله انها مشروعة (وجه) قولهما ما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم دفع نخل خيبر معاملة وأرضها مزارعة وأدنى درجات فعله عليه الصلاة والسلام الجواز وكذا هى شريعة متوارثة لتعامل السلف والخلف ذلك من غير انكار (وجه) قول أبى حنيفة ان عقد المزارعة استئجار ببعض الخارج وانه منهى بالنص والمعقول (اما) النص فما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لرافع بن خديج فى حائط لا تستأجره بشئ منه و روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه نهى عن قفيز الطحان والاستئجار ببعض الخارج فى معناه والمنهى غير مشروع (واما) المعقول فهو ان الاستئجار ببعض الخارج من النصف والثلث والربع ونحوه استئجار ببدل مجهول وانه لا يجوز كما فى الاجارة و به تبين ان حديث خيبر محمول على الجزية دون المزارعة صيانة لدلائل الشرع عن التناقض والدليل على انه لا يمكن حمله على المزارعة انه عليه الصلاة والسلام قال فيه أقركم ما أقركم الله وهذا منه عليه الصلاة والسلام تجهيل المدة وجهالة المدة تمنع صحة المزارعة بلا خلاف بقى ترك الانكار على التعامل وذا يحتمل أن يكون للجواز و يحتمل أن يكون لكونه محل الاجتهاد فلا يدل على الجواز مع الاحتمال

﴿ فصل ﴾ وأما ركن المزارعة فهو الايجاب والقبول وهو أن يقول صاحب الارض للعامل دفعت اليك هذه الارض مزارعة بكذا او يقول العامل قبلت أو رضيت أو مايدل على قبوله و رضاه فاذا وجدا تم العقد بينهما

﴿ فصل ﴾ وأما الشرائط فهي في الاصل نوعان شرائط مصححة للعقد على قول من يجيز المزارعة وشرائط مفسدة له (اما) المصححة فأنواع بعضها يرجع الى المزارع و بعضها يرجع الى الزرع و بعضها يرجع الى ماعقد عليه المزارعة و بعضها يرجع الى الآلة للمزارعة و بعضها الى الخارج و بعضها يرجع الى المزروع فيه و بعضها يرجع الى مدة المزارعة (اما) الذي يرجع الى المزارع فنوعان الاول أن يكون عاقلا فلا تصح مزارعة المجنون والصبي الذي لا يعقل المزارعة دفعاً واحداً لان العقل شرط أهلية التصرفات (وأما) البلوغ فليس بشرط لجواز المزارعة حتى تجوز مزارعة الصبي المأذون دفعاً واحداً لان المزارعة استئجار ببعض الخارج والصبي المأذون يملك الاجارة لانها تجارة فيملك المزارعة وكذلك الحرية ليست بشرط لصحة المزارعة فتصح المزارعة من العبد المأذون دفعاً واحداً لما ذكرنا في الصبي المأذون والثاني أن لا يكون مرتدا على قياس قول أبي حنيفة رحمه الله في قياس قول من أجاز المزارعة فلا تنفذ مزارعته للحال بل هي موقوفة وعندهما هذا ليس بشرط لجواز المزارعة ومزارعة المرتد نافذة للحال بيان ذلك انه اذا دفع المرتد أرضا الى رجل مزارعة بالنصف أو بالثلث أو بالربع فعمل الرجل وأخرجت الارض زرعا ثم قتل المرتد او مات على الردة أو لحق بدار الحرب وقضى بلحاقه بدار الحرب فهذا على وجهين اما ان دفع الارض والبذر جميعا مزارعة أو دفع الارض دون البذر فان دفعهما جميعا مزارعة فالخارج كله للمزارع ولا شيء لورثة المرتد لان مزارعته كانت موقوفة فاذا مات أو لحق بدار الحرب تبين انه لم يصح أصلا فصار كأن العامل زرع أرضه ببذر مغصوب ومن غصب من آخر حبا و بذر به أرضه فأخرجت كان الخارج له دون صاحب البذر وعلى العامل مثل ذلك البذر لانه مغصوب استهلكه وله مثله فيلزمه مثله ثم ينظر ان كانت الارض نقصتها المزارعة فعليه ضمان النقصان لانه أتلف مال الغير بغير اذنه فيجب عليه الضمان و يتصدق بما زاد على قدر البذر و نقصان الارض لانه حصل بسبب خبيث فكان سبيله التصدق وان كانت لم ينقصها المزارعة فلا ضمان عليه لانعدام الاتلاف وان أسلم فالخارج بينهما على الشرط سواء أسلم قبل أن يستحصد الزرع أو بعد ما استحصد لانه لما أسلم تبين ان المزارعة وقعت صحيحة وعند أبي يوسف ومحمد الخارج على الشرط كيف ما كان لان تصرفات المرتد نافذة عندهما بمنزلة تصرفات المسلم فتكون حصته له فان مات أو لحق بدار الحرب يكون لورثته وان دفع اليه الارض دون البذر فالخارج له أيضا لانه لما ظهر انه لم تصح المزارعة صار كأنه غصب أرضا و بذرها ببذر نفسه فأخرجت ولو كان كذلك كان الخارج له كذا هذا الا انه يأخذ من ذلك قدر بذره و نفقته وضمان النقصان ان كانت المزارعة نقصتها و يتصدق بالفضل لما ذكرنا وان كانت لم تنقصها فقياس قول أبي حنيفة رحمه الله على قياس قول من أجاز المزارعة أن يكون الخارج كله للعامل ولا يلزمه نقصان الارض ولا غيره وفي الاستحسان الخارج بين العامل و بين ورثة المرتد على الشرط (وجه) القياس ما ذكرنا انه يصير بمنزلة الغاصب ومن غصب من آخر أرضا فزرعها ببذر نفسه ولم تنقصها الزراعة كان الخارج كله له ولا يلزمه شيء كذا هذا (وجه) الاستحسان ان انعدام صحة تصرف المرتد بعد الموت واللحاق ليس لمكان انعدام أهليته لان الردة لا تنافي انعدام الاهلية بل لتعلق حق ورثته بماله لوجود أمارة الاستغناء بالردة لان الظاهر انه لا يسلم بل يقتل أو يلحق بدار الحرب فيستغني عن ماله فيثبت التعلق نظرا لهم ونظرهم ههنا في تصحيح التصرف لا في ابطاله ليصل اليهم شيء فأشبه العبد المحجور اذا آجر نفسه وسلم من العمل انه لا يبطل تصرفه بل يصحح حتى تجب الاجرة لان الحكم ببطلان تصرفه لنظر المولى ونظره ههنا في التصحيح دون الابطال كذا هذا واذا أسلم المرتد فالخارج على الشرط سواء أسلم قبل انقضاء المزارعة أو بعد انقضائها نقصت الزراعة الارض أو لم تنقصها لما ذكرنا في الوجه الاول وعلى قولهما الخارج على الشرط كيف ما كان أسلم أو قتل أو لحق لان تصرفاته نافذة بمنزلة تصرفات المسلم هذا اذا

دفع

دفع مرتد أرضه مزارعة الى مسلم فاما اذا دفع مسلم أرضه مزارعة الى مرتد فهذا على وجهين أيضا اما ان دفع الارض والبذر جميعا أودفع الارض دون البذر فان دفعهما جميعا مزارعة فعمل المرتد فأخرجت الارض زرعا كثيرا ثم قتل المرتد أو مات أولحق بدار الحرب فالخارج كله بين المسلم و بين ورثة المرتد على الشرط بلا خلاف لان انعدام صحة تصرف المرتد لا لعين ردته بل لتضمنه ابطال حق الورثة لتعلق حقهم بماله على مامر وعمل المرتد ههنا ليس تصرفا فى ماله بل على نفسه بايفاء المنافع ولاحق لورثته فى نفسه فصحت المزارعة فكان الخارج على الشرط المذكور وان دفع الارض دون البذر فعمل المرتد ببذره وأخرجت الارض زرعا ففى قياس قول أبى حنيفة على قياس قول من أجاز المزارعة ان الخارج كله لورثة المرتد ولا يجب نقصان الارض لان عنده تصرفات المرتد موقوفة غير نافذة للحال فلم تنفذ مزارعته فكان الخارج حادثا على ملكه لكونه نماء ملكه فكان لورثته وفيه اشكال وهو ان هذا الخارج من اكساب ردته وكسب الردة فىء عند أبى حنيفة فكيف يكون لورثته (والجواب) انه حين بذر كان حق الورثة متعلقا بالبذر لما مر من قبل فالحاصل منه يحدث على ملكهم فلا يكون كسب الردة ولا يجب نقصان الارض لان ضمان النقصان يعتمد اتلاف مال الغير بغير اذنه ولم يوجد اذ المزارعة حصلت باذن المالك وعند أبى يوسف ومحمد الخارج على الشرط كما اذا كان مسلما لما ذكرنا وان أسلم فالخارج على الشرط بلا خلاف سواء أسلم قبل أن يستحصد الزرع أو بعد ما استحصد لما ذكرنا هذا اذا كانت المزارعة بين مرتد ومسلم (فأما) اذا كانت بين مسلمين ثم ارتدا أو ارتد أحدهما فالخارج على الشرط بلا خلاف لانه لما كان مسلما وقت العقد صح التصرف فاعتراض الردة بعد ذلك لا تبطله (وأما) المرتدة فتصح مزارعتها دفعا واحدا بالاجماع لان تصرفاتها نافذة بمنزلة تصرفات المسلمة فتصح المزارعة منها دفعا واحدا بمنزلة مزارعة المسلمة

﴿فصل﴾ وأما الذى يرجع الى الزرع فنوع واحد وهو أن يكون معلوما بأن بين ما يزرع لان حال المزروع يختلف باختلاف الزرع بالزيادة والنقصان فرب زرع يزيد فى الارض ورب زرع ينقصها وقد يقل النقصان وقد يكثر فلا بد من البيان ليكون لزوم الضرر مضافا الى التزامه الا اذا قال له ازرع فيها ما شئت فيجوز له أن يزرع فيها ما شاء لانه لما فوض الامر اليه فقد رضى بالضرر الا أنه لا يملك الغرس لان الداخل تحت العقد الزرع دون الغرس

﴿فصل﴾ وأما الذى يرجع الى المزروع فهو أن يكون قابلا لعمل الزراعة وهو أن يؤثر فيه العمل بالزيادة بمجرى العادة لان ما لا يؤثر فيه العمل بالزيادة عادة لا يتحقق فيه عمل الزراعة حتى لو دفع أرضا فيها زرع قد استحصد مزارعة لم يجز كذا قالوا لان الزرع اذا استحصد لا يؤثر فيه عمل الزراعة بالزيادة فلا يكون قابلا لعمل الزراعة

﴿فصل﴾ وأما الذى يرجع الى الخارج من الزرع فأنواع (منها) أن يكون مذكورا فى العقد حتى لو سكت عنه فسد العقد لان المزارعة استئجار والسكوت عن ذكر الاجرة يفسد الاجارة (ومنها) أن يكون لهما حتى لو شرطا أن يكون الخارج لاحدهما يفسد العقد لان معنى الشركة لازم لهذا العقد وكل شرط يكون قاطعا للشركة يكون مفسدا للعقد (ومنها) أن تكون حصة كل واحد من المزارعين بعض الخارج حتى لو شرطا أن يكون من غيره لا يصح العقد لان المزارعة استئجار ببعض الخارج به تنفصل عن الاجارة المطلقة (ومنها) أن يكون ذلك البعض من الخارج معلوم القدر من النصف والثلث والربع ونحوه لان ترك التقدير يؤدى الى الجهالة المفضية الى المنازعة ولهذا شرط بيان مقدار الاجرة فى الاجارات كذا هذا (ومنها) أن يكون جزأ شائعا من الجملة حتى لو شرط لاحدهما قفزانا معلومة لا يصح العقد لان المزارعة فيها معنى الاجارة والشركة تنعقد اجارة ثم تتم شركة (أما) معنى الاجارة فلأن الاجارة تمليك المنفعة بعوض والمزارعة كذلك لان البذر ان كان من رب الارض فالعامل يملك منفعة نفسه من رب الارض بعوض وهو نماء بذره وان كان البذر من قبل العامل فرب الارض يملك منفعة أرضه من العامل بعوض هو نماء بذره فكانت المزارعة استئجارا اما للعامل واما للارض لكن ببعض الخارج وأما معنى الشركة

فلأن الخارج يكون مشتركا بينهما على الشرط المذكور واذا ثبت ان معنى الاجارة والشركة لازم لهذا العقد فاشتراط قدر معلوم من الخارج ينفى لزوم معنى الشركة لاحتمال ان الارض لاتخرج زيادة على القدر المعلوم ولهذا اذا شرط فى المضاربة سهم معلوم من الربح لا يصح كذا هذا وكذا اذا ذكر جزأ شائعا وشرط معه زيادة أقفزة معلومة انه الا يصح لما قلنا وعلى هذا اذا شرط أحدهما البذر لنفسه وأن يكون الباقى بينهما لا تصح المزارعة لجواز أن لاتخرج الارض الاقدر البذر فيكون كل الخارج له فلا يوجد معنى الشركة ولان هذا فى الحقيقة شرط قدر البذر أن يكون له لا عين البذر لان عينه تهلك فى التراب وذا لا يصح لما ذكرنا وهذا بخلاف المضاربة لان قدر رأس المال يرفع ويقسم الباقى على الشرط لان المضاربة تقتضى الشركة فى الربح لا فى غيره ودفع رأس المال لا نعدام معنى الشركة فى الربح (فأما) المزارعة فتقتضى الشركة فى كل الخارج واشتراط قدر معلوم من الخارج يمنع تحقق الشركة فى كله فهو الفرق بين الفصلين وكذا اذا شرطا ما على الماذيانات والسواقى لا يصح العقد لان ما على الماذيانات والسواقى معلوم فشرطه يمنع لزوم الشركة فى العقد وقد روى انهم كانوا يشترطون فى عقد المزارعة لاحدهما ما على الماذيانات والسواقى فلما بعث النبى المكرم عليه أفضل التحية أبطله

﴿ فصل ﴾ وأما الذى يرجع الى المزروع فيه وهو الارض فأنواع (منها) أن تكون صالحة للزراعة حتى لو كانت سبخة أو نزة لا يجوز العقد لان المزارعة عقد استئجار لكن ببعض الخارج والارض السبخة والنزة لا تجوز اجارتها فلا تجوز مزارعتها (فأما) اذا كانت صالحة للزراعة فى المدة لكن لا تمكن زراعتها وقت العقد لعارض من انقطاع الماء وزمان الشتاء ونحوه من العوارض التى هى على شرف الزوال فى المدة تجوز مزارعتها كما تجوز اجارتها (ومنها) أن تكون معلومة فان كانت مجهولة لا تصح المزارعة لانها تؤدى الى المنازعة ولو دفع الارض مزارعة على أن ما يزرع فيها حنطة فكذا وما يزرع فيها شعيرا فكذا يفسد العقد لان المزروع فيه مجهول لان كلمة من للتبعيض فيقع على بعض الارض وانه غير معلوم وكذا لو قال على أن يزرع بعضها حنطة وبعضها شعيرا لان التنصيص على التبعيض تنصيص على التجهيل ولو قال على ان ما زرعت فيها حنطة فكذا وما زرعت فيها شعيرا فكذا جاز لانه جعل الارض كلها ظرفا لزرع الحنطة أو لزرع الشعير فانعدم التجهيل ولو قال على أن أزرع فيها بغير كراب فكذا ذكر فى الاصل انه جائز وهذا مشكل لان المزروع فيه من الارض مجهول فأشبه ما اذا قال ما زرع فيها حنطة فكذا وما زرع فيها شعيرا فكذا ومنهم من اشتغل بتصحيح جواب الكتاب والفرق بين الفصلين على وجه لم يتضح ولو قال على أنه ان زرع حنطة فكذا وان زرع شعيرا فكذا وان زرع سمسما فكذا ولم يذكر منها فهو جائز لانعدام جهالة المزروع فيه وجهالة الزرع المحال ليس بضائر لانه فوض الاختيار اليه فأى ذلك اختاره يتعين ذلك العقد باختياره فعلا كما قلنا فى الكفارات الثلاث ولو زرع بعضها حنطة وبعضها شعيرا جاز لانه لو زرع الكل حنطة أو الكل شعيرا لجاز فاذا زرع البعض حنطة والبعض شعيرا أولى (ومنها) أن تكون الارض مسلمة الى العامل مخلاة وهو أن يوجد من صاحب الارض التخلية بين الارض وبين العامل حتى لو شرط العمل على رب الارض لا تصح المزارعة لانعدام التخلية فكذا اذا شترط فيه عملهما فيمنع التخلية جميعا لما قلنا ولهذا لو شرط رب المال فى عقد المضاربة العمل مع المضارب لا تصح المضاربة لانه شرط يمنع وجود ما هو شرط لصحة العقد وهو التخلية كذا هذا وعلى هذا اذا دفع ارضا وبذرا وبقرا على أن يزرع العامل وعبد رب الارض وللعامل الثلث ولرب الارض الثلث ولعبده الثلث فهو جائز على ما اشترط لان صاحب الارض صار مستأجرا للعامل ببعض الخارج الذى هو نماء ملكه فصح وشرط العمل على عبده لا يكون شرطا على نفسه لان العبد المأذون له يد نفسه على كسبه لا يد النيابة عن مولاه فيصير بمنزلة الاجنبى فلا يمنع تحقيق التخلية فلا يمنع الصحة ويكون نصيب العبد لمولاه وان كان البذر من العامل لا تصح المزارعة لانه يصير مستأجرا للارض والبقر والعبد ببعض الخارج الذى هو نماء ملكه وذا

لا يصح على ماذكرو يكون الخارج له وعليه أجر مثل الارض والبقر والعبد لان هذا حكم المزارعة الفاسدة على ماذكر فى موضعه وكذا لو كان شرط عمل رب الارض مع ذلك كان له أيضا أجر مثل عمله لان هذا شرط مفسد للعقد والله أعلم

﴿فصل﴾ وأما الذى يرجع الى ماعقد عليه المزارعة فهو أن يكون المعقود عليه فى باب المزارعة مقصودا من حيث انها اجارة أحد أمرين امامنفعة العامل بأن كان البذر من صاحب الارض واما منفعة الارض بأن كان البذر من العامل لان البذر اذا كان من قبل رب الارض يصير مستأجرا للعامل واذا كان من قبل العامل يصير مستأجرا للارض واذا اجتمعا فى الاستئجار فسدت المزارعة فأما منفعة البقر فان حصلت تابعة صحت المزارعة وان جعلت مقصودة فسدت

﴿فصل﴾ وبيان هذه الجملة ببيان أنواع المزارعة فنقول وبالله التوفيق المزارعة أنواع (منها) أن تكون الارض والبذر والبقر والآلة من جانب والعمل من جانب وهذا جائز لان صاحب الارض يصير مستأجرا للعامل لاغير ليعمل له فى أرضه ببعض الخارج الذى هو نماء ملكه وهو البذر (ومنها) أن تكون الارض من جانب والباقى كله من جانب وهذا أيضا جائز لان العامل يصير مستأجرا للارض لاغير ببعض الخارج الذى هو نماء ملكه وهو البذر (ومنها) أن تكون الارض والبذر من جانب والبقر والآلة والعمل من جانب فهذا أيضا جائز لان هذا استئجار للعامل لاغير مقصودا فأما البذر فغير مستأجر مقصودا ولا يقابله شئ من الاجرة بل هى توابع للمعقود عليه وهو منفعة العامل لانه آلة للعمل فلا يقابله شئ من العمل كمن استأجر خياطا ليخيط بابرة نفسه جاز ولا يقابلها شئ من الاجرة ولانه لما كان تابعا للمعقود عليه فكان جاريا مجرى الصفة للعمل كان العقد عقدا على عمل جيد والاوصاف لاقسط لها من العوض فأمكن أن تنعقد اجارة ثم تتم شركة بين منفعة الارض وبين منفعة العامل (ومنها) أن تكون الارض والبقر من جانب والبذر والعمل من جانب وهذا لا يجوز فى ظاهر الرواية وروى عن أبى يوسف انه يجوز (وجه) قوله انه لو كان الارض والبذر من جانب جاز وجعلت منفعة البقر تابعة لمنفعة العامل فكذا اذا كان الارض والبقر من جانب يجب أن يجوز ويجعل منفعة البقر تابعة لمنفعة الارض (وجه) ظاهر الرواية ان العامل هنا يصير مستأجرا للارض والبقر جميعا مقصودا ببعض الخارج لانه لا يمكن تحقيق معنى التبعية هنا لاختلاف جنس المنفعة لان منفعة البقر ليست من جنس منفعة الارض فبقيت أصلا بنفسها فكان هذا استئجار البقر ببعض الخارج أصلا ومقصودا واستئجار البقر مقصودا ببعض الخارج لا يجوز لوجهين أحدهما ماذكرنا أن المزارعة تنعقد اجارة ثم تتم شركة ولا يتصور انعقاد الشركة بين منفعة البقر وبين منفعة العامل بخلاف الفصل الاول لانه يتصور انعقاد الشركة بين منفعة الارض ومنفعة العامل والثانى أن جواز المزارعة ثبت بالنص مخالفا للقياس لان الاجرة معدومة وهى مع انعدامها مجهولة فيقتصر جوازها على المحل الذى ورد النص فيه وذلك فيما اذا كانت الآلة تابعة فاذا جعلت مقصودة يرد الى القياس (ومنها) أن يكون البذر والبقر من جانب والارض والعمل من جانب وهذا لا يجوز أيضا لان صاحب البذر يصير مستأجرا للارض والعامل جميعا ببعض الخارج والجمع بينهما يمنع صحة المزارعة (ومنها) أن يكون البذر من جانب والباقى كله من جانب وهذا لا يجوز أيضا لما قلنا وروى عن أبى يوسف فى هذين الفصلين أيضا انه يجوز لان استئجار كل واحد منهما جائز عند الانفراد فكذا عند الاجتماع (والجواب) ماذكرنا أن الجواز على مخالفة القياس ثبت عند الانفراد فتبقى حالة الاجتماع على أصل القياس وطريق الجواز فى هذين الفصلين بالاتفاق أن يأخذ صاحب البذر الارض مزارعة ثم يستعير من صاحبها ليعمل له فيجوز والخارج يكون بينهما على الشرط (ومنها) أن يشترك جماعة من أحدهم الارض ومن الآخر البقر ومن الآخر البذر ومن الرابع العمل وهذا لا يجوز أيضا لما مر وفى عين هذا ورد الخبر بالفساد فانه روى أن أربعة نفر اشتركوا على عهد رسول الله

صلى الله عليه وسلم على هذا الوجه فأبطل رسول الله صلى الله عليه وسلم مزارعتهم وعلى قياس ماروى عن أبى يوسف يجوز (ومنها) أن يشترط فى عقد المزارعة أن يكون بعض البذر من قبل أحدهما والبعض من قبل الآخر وهذا لايجوز لان كل واحد منهما يصير مستأجرا صاحبه فى قدر بذره فيجتمع استئجار الارض والعمل من جانب واحد وانه مفسد (ومنها) أن تكون الارض من جانب والبذر والبقر من جانب دفع صاحب الارض أرضه اليه على أن يزرعها ببذره و بقره مع هذا الرجل الآخر على أن ماخرج من شئ فثلثه لصاحب الارض وثلثاه لصاحب البذر والبقر وثلثه لذلك العامل وهذا صحيح فى حق صاحب الارض والعامل الاول فاسد فى حق العامل الثانى ويكون ثلث الخارج لصاحب الارض وثلثاه للعامل الاول وللعامل الثانى أجر مثل عمله وكان ينبغى أن تفسد المزارعة فى حق الكل لان صاحب البذر وهو العامل الاول جمع بين استئجار الارض والعامل وقد ذكرنا أن الجمع بينهما مفسد للعقد لكونه خلاف مورد الشرع بالمزارعة ومع ذلك حكم بصحتها فى حق صاحب الارض والعامل الاول وانما كان كذلك لان العقد فيما بين صاحب الارض والعامل الاول وقع استئجارا للارض لا غير وانه صحيح وفيما بين العاملين وقع استئجار الارض والعامل جميعا وانه غير صحيح ويجوز أن يكون العقد الواحد له جهتان جهة الصحة وجهة الفساد خصوصا فى حق شخصين فيكون صحيحا فى حق أحدهما فاسدا فى حق الآخر ولو كان البذر فى هذه المسئلة من صاحب الارض صحت المزارعة فى حق الكل والخارج بينهم على الشرط لان صاحب الارض فى هذه الصورة يعتبر مستأجرا للعاملين جميعا والجمع بين استئجار العاملين لا يقدح فى صحة العقد واذا صح العقد كان الخارج على الشرط

﴿فصل﴾ واما الذى يرجع الى آلة المزارعة فهو أن يكون البقر فى العقد تابعا فان جعل مقصودا فى العقد تفسد المزارعة وقد تقدم بيانه فى الفصل المتقدم بما فيه كفاية

﴿فصل﴾ وأما الذى يرجع الى مدة المزارعة فهو أن تكون المدة معلومة فلا تصح المزارعة الا بعد بيان المدة لانها استئجار ببعض الخارج ولا تصح الاجارة مع جهالة المدة وهذا هو القياس فى المعاملة أن لا تصح الا بعد بيان المدة لانها استئجار العامل ببعض الخارج فكانت اجارة بمنزلة المزارعة الا انها جازت فى الاستحسان لتعامل الناس ذلك من غير بيان المدة وتقع على أول جزء يخرج من الثمرة فى أول السنة لان وقت ابتداء المعاملة معلوم (فأما) وقت ابتداء المزارعة فمتفاوت حتى انه لو كان فى موضع لا يتفاوت يجوز من غير بيان المدة وهو على أول زرع يخرج كذا ذكر محمد ابن سلمة أن بيان المدة فى ديارنا ليس بشرط كما فى المعاملة

﴿فصل﴾ وأما الشرائط المفسدة للمزارعة فأنواع وقد دخل بعضها فى بيان الشرائط المصححة (منها) شرط كون الخارج لاحدهما لانه شرط يقطع الشركة التى هى من خصائص العقد (ومنها) شرط العمل على صاحب الارض لان ذلك يمنع التسليم وهو التخلية (ومنها) شرط البقر عليه لان فيه جعل منفعة البقر معقودا عليها مقصودة فى باب المزارعة ولا سبيل اليه (ومنها) شرط العمل والارض جميعا من جانب واحد لان ذلك خلاف مورد الشرع الذى هو خلاف القياس على مامر فى الفصول المتقدمة (ومنها) شرط الحمل والحفظ على المزارع بعد القسمة لانه ليس من عمل المزارعة (ومنها) شرط الحصاد والرفع الى البيدر والدياس والتذرية لان الزرع لا يحتاج اليه اذ لا يتعلق به صلاحه والاصل أن كل عمل يحتاج اليه الزرع قبل تناهيه وادراكه وجفافه مما يرجع الى اصلاحه من السقى والحفظ وقلع الحشاوة وحفر الانهار وتسوية المسناة ونحوها فعلى المزارع لان ماهو المقصود من الزرع وهو النماء لا يحصل بدونه عادة فكان من توابع المعقود عليه فكان من عمل المزارعة فيكون على المزارع وكل عمل يكون بعد تناهى الزرع وادراكه وجفافه قبل قسمة الحب مما يحتاج اليه لخلوص الحب وتنقيته يكون بينهما على شرط الخارج لانه ليس من عمل المزارعة ولهذا قالوا لو دفع أرضا مزارعة وفيها زرع قد استحصد لا يجوز لانقضاء وقت عمل المزارعة اذ العمل

فيه بعد الادراك مما لا يفيده وكل عمل يكون بعد القسمة من الحمل الى البيت ونحوه مما يحتاج اليه لاحراز المقسوم فعلى كل واحد منهما فى نصيبه لان ذلك مؤنة ملكه فيلزمه دون غيره وروى عن أبى يوسف انه أجاز شرط الحصاد ورفع البيدر والدياس والتذرية على المزارع لتعامل الناس وبعض مشايخنا بما وراء النهر يفتون به أيضا وهو اختيار نصير بن يحيى ومحمد بن سلمة من مشايخ خراسان والجذاذ فى باب المعاملة لا يلزم العامل بلا خلاف (أما) فى ظاهر الرواية فلا يشكل وأما على رواية أبى يوسف فلانعدام التعامل فيه ولو باع الزرع قصيلا فاجتمعا على أن يقصلاه كان القصل على كل واحد منهما فى قدر شرط الحب لانه بمنزلة شرط الحصاد (ومنها) شرط التبن لمن لا يكون البذر من قبله وجملته ان هذا لا يخلو من ثلاثة أوجه اما ان شرطا أن يكون التبن بينهما واما ان سكتا عنه واما ان شرطا أن يكون لاحدهما دون الآخر فان شرطا أن يكون بينهما لاشك أنه يجوز لانه شرط مقرر مقتضى العقد لان الشركة فى الخارج من الزرع من معانى هذا العقد على مامر وان سكتا عنه يفسد عند أبى يوسف وعند محمد لا يفسد ويكون لصاحب البذر منهما وذكر الطحاوى ان محمداً رجع الى قول أبى يوسف (وجه) قول محمد ان ما يستحقه صاحب البذر يستحقه ببذره لا بالشرط فكان شرط التبن والسكوت عنه بمنزلة واحدة (وجه) قول أبى يوسف ان كل واحد منهما أعنى الحب والتبن مقصود من العقد فكان السكوت عن التبن بمنزلة السكوت عن الحب وذا مفسد بالاجماع فكذا هذا وان شرطا أن يكون لاحدهما دون الآخر فان شرطاه لصاحب البذر جاز ويكون له لان صاحب البذر يستحقه من غير شرط لكونه نماء ملكه فالشرط لا يزيده الا تأكيدا وان شرطاه لمن لا بذر له فسدت المزارعة لان استحقاق صاحب البذر التبن بالبذر لا بالشرط لانه نماء ملكه ونماء ملك الانسان ملكه فصار شرط كون التبن لمن لا بذر من قبله بمنزلة شرط كون الحب له وذا مفسد كذا هذا (ومنها) أن يشترط صاحب الارض على المزارع عملا يبقى أثره ومنفعته بعد مدة المزارعة كبناء الحائط والسرقند واستحداث حفر النهر ورفع المسناة ونحو ذلك مما يبقى أثره ومنفعته الى ما بعد انقضاء المدة لانه شرط لا يقتضيه العقد وأما الكراب فلا يخلو فى الاصل من وجهين (اما) ان شرطاه فى العقد واما ان سكتا عنه فان سكتا عنه هل يدخل تحت عقد المزارعة حتى يجبر المزارع عليه لو امتنع أولا فسنذكره فى حكم المزارعة الصحيحة ان شاء الله تعالى وان شرطاه فى العقد فلا يخلو ايضا من وجهين اما ان شرطاه مطلقا عن صفة التثنية واما ان شرطاه مقيداً بها فان شرطاه مطلقاً عن الصفة قال بعضهم انه يفسد العقد لان أثره يبقى الى ما بعد المدة وقال عامتهم لا يفسد وهو الصحيح لان الكراب بدون التثنية مما يبطل السقى على وجه لا يبقى له أثر ومنفعة بعد المدة فلم يكن شرطه مفسدا للعقد وان شرطاه مع التثنية فسدت المزارعة لان التثنية اما أن تكون عبارة عن الكراب مرتين مرة للزراعة ومرة بعد الحصاد ليرد الارض على صاحبها مكروبة وهذا شرط فاسد لاشك فيه لما ذكرنا أنه شرط عمل ليس هو من عمل المزارعة لان الكراب بعد الحصاد ليس من عمل المزارعة فى هذه السنة واما أن يكون عبارة عن فعل الكراب مرتين قبل الزراعة وانه عمل يبقى أثره ومنفعته الى ما بعد المدة فكان مفسداً حتى انه لو كان فى موضع لا يبقى لا يفسد كذا قال بعض مشايخنا ولو دفع الارض مزارعة على أنه ان زرعها بغير كراب فللمزارع الربع وان زرعها بكراب فله الثلث وان كربها وثناها فله النصف فهو جائز على ما شرطا كذا ذكر فى الاصل وهذا مشكل فى شرط الكراب مع التثنية لانه شرط مفسد فينبغى أن يفسد ها هذا الشرط واذا عمل يكون له أجر مثل عمله فاما شرط الكراب وعدمه فصحيح على الشرط المذكور لانه غير مفسد وبعضهم صححوا جواب الكتاب وفرقوا بين هذا الشرط وبين شرط التثنية بفرق لم يتضح وفرع فى الاصل فقال ولو زرع بعض الارض بكراب وبعضها بغير كراب وبعضها بثنيان فهو جائز والشرط بينهما فى كل الارض نافذ على ما شرطا كذا ذكر فى الاصل وهذا بناء على الاول لانه ان شرط التثنية فى كل الارض عند اختياره ذلك يصح فى البعض بالطريق الاولى

﴿ فصل ﴾ وأما بيان حكم المزارعة الصحيحة عند من يجيزها فنقول وبالله التوفيق للمزارعة الصحيحة أحكام

(منها) ان كل ما كان من عمل المزارعة مما يحتاج الزرع اليه لاصلاحه فعلى المزارع لان العقد تناوله وقد بيناه (ومنها) ان كل ما كان من باب النفقة على الزرع من السرقين وقلع الحشاوة ونحو ذلك فعليهما على قدر حقهما وكذلك الحصاد والحمل الى البيدر والدياس وتذريته لما ذكرنا ان ذلك ليس من عمل المزارعة حتى يختص به المزارع (ومنها) أن يكون الخارج بينهما على الشرط المذكور لان الشرط قد صح فيلزم الوفاء به لقوله عليه الصلاة والسلام المسلمون عند شروطهم (ومنها) انها اذا لم تخرج الارض شيأ فلا شيء لواحد منهما لا أجر العمل ولا أجر الارض سواء كان البذر من قبل العامل أو من قبل رب الارض بخلاف المزارعة الفاسدة انه يجب فيها أجر المثل وان لم تخرج الارض شيأ والفرق أن الواجب في العقد الصحيح هو المسمى وهو بعض الخارج ولم يوجد الخارج فلا يجب شيء والواجب في المزارعة الفاسدة أجر مثل العمل في الذمة لا في الخارج فانعدام الخارج لا يمنع وجوبه في الذمة فهو الفرق (ومنها) ان هذا العقد غير لازم في جانب صاحب البذر لازم في جانب صاحبه لو امتنع بعد ما عقد عقد المزارعة على الصحة وقال لا أريد زراعة الارض له ذلك سواء كان له عذر أو لم يكن ولو امتنع صاحبه ليس له ذلك الا من عذر وعقد المعاملة لازم ليس لواحد منهما أن يمتنع الا من عذر والفرق بين هذه الجملة ان صاحب البذر لا يمكنه المضي في العقد الا باتلاف ملكه وهو البذر لان البذر يهلك في التراب فلا يكون الشروع فيه ملزما في حقه اذ الانسان لا يجبر على اتلاف ملكه ولا كذلك من ليس البذر من قبله والمعاملات لانه ليس في لزوم المعنى اياهم اتلاف ملكهم فكان الشروع في حقهم ملزما ولا ينفسخ الا من عذر كما في سائر الاجارات وسواء كان المزارع كرب الارض أو لم يكربها لان ما ذكرنا من المعنى لا يوجب الفصل بينهما ولا شيء للعامل في عمل الكراب على ما نذكره في حكم المزارعة المنفسخة ان شاء الله تعالى ومنها ولاية جبر المزارع على الكراب وعدمها وهذا على وجهين اما ان شرطا الكراب في العقد واما ان سكتا عن شرطه فان شرطاه يجبر عليه لانه شرط صحيح فيجب الوفاء به وان سكتا عنه ينظر ان كانت الارض مما يخرج الزرع بدون الكراب زرعا معتادا يقصد مثله في عرف الناس لا يجبر المزارع عليه وان كانت مما لا يخرج أصلا أو يخرج ولكن شيأ قليلا لا يقصد مثله بالعمل يجبر على الكراب لان مطلق عقد المزارعة يقع على الزراعة المعتادة وعلى هذا اذا امتنع المزارع عن السقي وقال ادعها حتى تسقيها السماء فهو على قياس هذا التفصيل انه ان كان الزرع مما يكتفي بماء السماء ويخرج زرعا معتادا بدونه لا يجبر على السقي وان كان مع السقي أجود فان كان مما لا يكتفي به يجبر على السقي لما قلنا (ومنها) جواز الزيادة على الشرط المذكور من الخارج والحط عنه وعدم الجواز والاصل فيه ان كل ما احتمل انشاء العقد عليه احتمل الزيادة وما لا فلا والحط جائز في الحالين جميعا كما في الزيادة في الثمن في باب البيع اذا عرف هذا فنقول الزيادة والحط في المزارعة على وجهين اما ان يكون من المزارع واما أن يكون من صاحب الارض ولا يخلو اما أن يكون البذر من قبل المزارع واما أن يكون من صاحب الارض بعد ما استحصد الزرع أو قبل أن يستحصد فان كان من بعد ما استحصد والبذر من قبل العامل وكانت المزارعة على النصف مثلا فزاد المزارع صاحب الارض السدس في حصته وجعل له الثلثين ورضي به صاحب الارض لا تجوز الزيادة والخارج بينهما على الشرط نصفان وان زاد صاحب الارض المزارع السدس في حصته وتراضيا فالزيادة جائزة لان الاول زيادة على الاجرة بعد انتهاء عمل المزارعة باستيفاء المعقود عليه وهو المنفعة وانه لا يجوز ألا ترى انهما لو أنشآ العقد بعد الحصاد لا يجوز فكذلك الزيادة والثاني حط من الاجرة وانه لا يستدعي قيام المعقود عليه كما في باب البيع هذا اذا كان البذر من قبل العامل فان كان من قبل صاحب الارض فزاد صاحب الارض لا يجوز وان زاد المزارع جاز لما قلنا هذا اذا زاد أحدهما بعد ما استحصد الزرع فان زاد قبل أن يستحصد جاز أيهما كان لان الوقت يحتمل انشاء العقد فيحتمل الزيادة أيضا بخلاف الفصل الاول

﴿ فصل ﴾ وأما حكم المزارعة الفاسدة فأنواع (منها) انه لا يجب على المزارع شيء من أعمال المزارعة لان

وجوبه

وجوبه بالعقد ولم يصح (ومنها) ان الخارج يكون كله لصاحب البذر سواء كان رب الارض أو المزارع لان استحقاق صاحب البذر الخارج لكونه نماء ملكه لا بالشرط لوقوع الاستغناء بالملك عن الشرط واستحقاق الاجر الخارج بالشرط وهو العقد فاذا لم يصح الشرط استحقه صاحب الملك ولا يلزمه التصدق بشيء لانه نماء ملكه (ومنها) ان البذر اذا كان من قبل صاحب الارض كان للعامل عليه أجر المثل لان البذر اذا كان من قبل صاحب الارض كان هو مستأجرا للعامل فاذا فسدت الاجارة وجب أجر مثل عمله واذا كان البذر من قبل العامل كان عليه لرب الارض أجر مثل أرضه لان البذر اذا كان من قبل العامل يكون هو مستأجرا للارض فاذا فسدت الاجارة يجب عليه أجر مثل أرضه (ومنها) ان البذر اذا كان من قبل صاحب الارض واستحق الخارج وغرم للعامل أجر مثل عمله فالخارج كله له طيب لانه حاصل من ملكه وهو البذر في ملكه وهو الارض واذا كان من قبل العامل واستحق الخارج وغرم لصاحب الارض أجر مثل أرضه فالخارج كله لا يطيب له بل يأخذ من الزرع قدر بذره وقدر أجر مثل الارض ويطيب ذلك له لانه سلم له بعوض ويتصدق بالفضل على ذلك لانه وان تولد من بذره لكن في أرض غيره بعقد فاسد فتمكنت فيه شبهة الخبث فكان سبيله التصدق (ومنها) ان أجر المثل لا يجب في المزارعة الفاسدة ما لم يوجد استعمال الارض لان المزارعة عقد اجارة والاجرة في الاجارة الفاسدة لا تجب الا بحقيقة الاستعمال ولا تجب بالتخلية لانعدام التخلية فيها حقيقة اذ هي عبارة عن رفع الموانع والتمكن من الانتفاع حقيقة وشرعا ولم يوجد بخلاف الاجارة الصحيحة على ما عرف في الاجارات (ومنها) ان أجر المثل يجب في المزارعة الفاسدة وان لم تخرج الارض شيأ بعد ان استعملها المزارع وفي المزارعة الصحيحة اذا لم تخرج شيأ لا يجب شيء لواحد منهما وقد مر الفرق فيما تقدم (ومنها) ان أجر المثل في المزاعة الفاسدة يجب مقدرا بالمسمى عند أبي يوسف وعند محمد يجب تاما وهذا اذا كانت الاجرة وهو حصة كل واحد منهما مسماة في العقد فان لم يكن يجب أجر المثل تاما بالاجماع (وجه) قول محمد رحمه الله أن الاصل في الاجارة وجوب أجر المثل لانها عقد معاوضة وهو تمليك المنفعة بعوض ومبنى المعاوضات على المساواة بين البدلين وذلك في وجوب أجر المثل لانه المثل الممكن في الباب اذ هو قدر قيمة المنافع المستوفاة الا أن فيه ضرب جهالة وجهالة المعقود عليه تمنع صحة العقد فلا بد من تسمية البدل تصحيحا للعقد فوجب المسمى على قدر قيمة المنافع أيضا فاذا لم يصح العقد لفوات شرط من شرائطه وجب المصير الى البدل الاصلي للمنافع وهو أجر المثل ولهذا اذا لم يسم البدل أصلا في العقد وجب أجر المثل بالغا ما بلغ (وجه) قول أبي يوسف ان الاصل ما قاله محمد وهو وجوب أجر المثل بدلا عن المنافع قيمة لها لانه هو المثل بالقدر الممكن لكن مقدرا بالمسمى لانه كما يجب اعتبار المماثلة في البدل في عقد المعاوضة بالقدر الممكن يجب اعتبار التسمية بالقدر الممكن لان اعتبار تصرف العاقل واجب ما أمكن وأمكن ذلك بتقدير أجر المثل بالمسمى لان المستأجر ما رضي بالزيادة على المسمى والآجر ما رضي بالنقصان عنه فكان اعتبار المسمى في تقدير أجر المثل به عملا بالدليلين ورعاية للجانبين بالقدر الممكن فكان أولى بخلاف ما اذا لم يكن البدل مسمى في العقد لان البدل اذا لم يكن مسمى أصلا لا حاجة الى اعتبار التسمية فوجب اعتبار أجر المثل فهو الفرق

﴿ فصل ﴾ وأما المعاني التي هي عذر في فسخ المزارعة فأنواع بعضها يرجع الى صاحب الارض وبعضها يرجع الى المزارع (أما) الاول الذي يرجع الى صاحب الارض فهو الدين الفادح الذي لا قضاء له الا من ثمن هذه الارض تباع في الدين ويفسخ العقد بهذا العذر اذا أمكن الفسخ بان كان قبل الزراعة أو بعدها اذا ادرك الزرع وبلغ مبلغ الحصاد لانه لا يمكنه المضي في العقد الا بضرر يلحقه فلا يلزمه تحمل الضرر فيبيع القاضي الارض بدينه أولا ثم يفسخ المزارعة ولا تنفسخ بنفس العذر وان لم يمكن الفسخ بان كان الزرع لم يدرك ولم يبلغ مبلغ الحصاد لا يباع في الدين ولا يفسخ الى أن يدرك الزرع لان في البيع ابطال حق العامل وفي الانتظار الى وقت الادراك تأخير حق صاحب الدين

وفيه رعاية الجانبين فكان أولى و يطلق من الحبس ان كان محبوسا الى غاية الادراك لان الحبس جزاء الظلم وهو المطل وانه غير مماطل قبل الادراك لكونه ممنوعا عن بيع الارض شرعا والممنوع معذور فاذا أدرك الزرع يرد الى الحبس ثانيا ليبيع أرضه و يؤدى دينه بنفسه والا فيبيع القاضى عليه (وأما) الثانى الذى يرجع الى المزارع فنحو المرض لانه معجز عن العمل والسفر لانه يحتاج اليه وترك حرفة الى حرفة لان من الحرف مالا يغنى من جوع فيحتاج الى الانتقال الى غيره ومانع يمنعه من العمل على ماعرف فى كتاب الاجارة

﴿فصل﴾ وأما الذى ينفسخ به عقد المزارعة بعد وجوده فأنواع (منها) الفسخ وهو نوعان صريح ودلالة فالصريح أن يكون بلفظ الفسخ والاقالة لان المزارعة مشتملة على الاجارة والشركة وكل واحد منهما قابل لصريح الفسخ والاقالة وأما الدلالة فنوعان الاول امتناع صاحب البذر عن المضى فى العقد بان قال لا أريد مزارعة الارض ينفسخ العقد لماذكرنا ان العقد غير لازم فى حقه فكان بسبيل من الامتناع عن المضى فيه من غير عذر و يكون ذلك فسخا منه دلالة والثانى حجر المولى على العبد المأذون بعد مادفع الارض والبذر مزارعة و بيان ذلك ان العبد المأذون اذا دفع الارض والبذر مزارعة فحجره المولى قبل المزارعة ينفسخ العقد حتى يملك منع المزارع عن المزارعة لان العقد لم يقع لازما من جهة العبد لانه صاحب بذر فيملك المولى منعه عن الزراعة بالحجر كما كان يملك العبد منعه قبل الحجر ولو كان البذر من جهة المزارع لا ينفسخ العقد حتى لا يملك المولى ولا العبد منع المزارع عن المزارعة لان العقد لازم من قبل صاحب البذر ولهذا لا يملك العبد منعه عن الزراعة قبل الحجر فلا يملك المولى منعه بالحجر أيضا هذا اذا دفع الارض مزارعة فاما اذا أخذها مزارعة فان كان البذر من قبله انفسخ العقد لانه اذا حجر عليه فقد عجز عن العمل وانه يوجب انفساخ العقد لفوات المعقود عليه وان كان البذر والارض من قبل صاحب البذر لا ينفسخ العقد بالحجر لانه بالحجر لم يعجز عن العمل الا أن للمولى منعه عن العمل لما فيه من اتلاف ملكه وهو البذر فله أن يفسخ مالا ينفسخ بالحجر هذا اذا حجر على العبد المأذون فاما اذا لم يحجر عليه ولكن نهاه عن الزراعة أو فسخ العقد بعد الزراعة أو نهى قبل ذلك الا أنه لم يحجر عليه فالنهى باطل وكذلك نهى الاب الصبى المأذون قبل عقد المزارعة أو بعده لا يصح لان النهى عن الزراعة والفسخ بعدها من باب تخصيص الاذن بالتجارة والاذن بالتجارة مما لا يحتمل التخصيص (ومنها) انقضاء مدة المزارعة لانها اذا انقضت فقد انتهى العقد وهو معنى الانفساخ (ومنها) موت صاحب الارض سواء مات قبل الزراعة أو بعدها وسواء أدرك الزرع أو هو بقل لان العقد أفاد الحكم له دون وارثه لانه عاقد لنفسه والاصل أن من عقد لنفسه بطريق الاصالة فحكم تصرفه يقع له لا لغيره الا لضرورة (ومنها) موت المزارع سواء مات قبل الزراعة أو بعدها بلغ الزرع حد الحصاد أو لم يبلغ لماذكرنا

﴿فصل﴾ وأما بيان حكم المزارعة المنفسخة فنقول و بالله التوفيق لا يخلو من وجهين اما ان انفسخت قبل الزراعة أو بعدها فان انفسخت قبل الزراعة لا شئ للعامل وان كرب الارض وحفر الانهار وسوى المسنيات بأى طريق انفسخ سواء انفسخ بصريح الفسخ أو بدليله أو بانقضاء المدة أو بموت أحد المتعاقدين لان الفسخ يظهر أثره فى المستقبل بانتهاء حكمه لا فى الماضى فلا يتبين أن العقد لم يكن صحيحا والواجب فى العقد الصحيح المسمى وهو بعض الخارج ولم يوجد فلا شئ وقيل هذا جواب الحكم فأما فيما بينه و بين الله تعالى عليه أن يرضى العامل فيما اذا امتنع عن المضى فى العقد قبل الزراعة ولا يحل له الامتناع شرعا فانه يشبه التغرير وانه حرام وان انفسخت بعد الزراعة فان كان الزرع قد أدرك و بلغ الحصاد فالحصاد والخارج بينهما على الشرط وان كان لم يدرك فكذا الجواب فى صريح الفسخ ودليله وانقضاء المدة لان الزرع بينهما على الشرط والعمل فيما بقى الى وقت الحصاد عليهما وعلى المزارع أجر مثل نصف الارض لصاحب الارض (أما) الزرع بينهما على الشرط فلما مر ان انفساخ العقد يظهر أثره فى المستقبل لا فى الماضى فبقى الزرع بينهما على ما كان قبل الانفساخ (وأما) العمل فيما بقى الى وقت الحصاد

عليهما لانه عمل فى مال مشترك لم يشترط العمل فيه على أحدهما فيكون عليهما وعلى المزارع أجر مثل نصف الارض لصاحب الارض لان العقد قد انفسخ وفى القلع ضرر بالمزارع وفى الترك بغير أجر ضرر بصاحب الارض فكان الترك بأجر المثل نظرا من الجانبين بخلاف ما اذا مات صاحب الارض والزرع بقل ان العمل يكون على المزارع خاصة لان هناك انفسخ العقد حقيقة لوجود سبب الفسخ وهو الموت الا انا بقيناه تقديرا دفعا للضرر عن المزارع لانه لو انفسخ لثبت لصاحب الارض حق القلع وفيه ضرر بالمزارع فجعل هذا عذرا فى بقاء العقد تقديرا فاذا بقى العقد كان العمل على المزارع خاصة كما كان قبل الموت وهذا لا يتضح فان اتفق أحدهما من غير اذن صاحبه ومن غير أمر القاضى فهو متطوع ولو أراد صاحب الارض أن يأخذ الزرع بقلا لم يكن له ذلك لان فيه ضررا بالمزارع ولو أراد المزارع أن يأخذه بقلا فصاحب الارض بين خيارات ثلاث ان شاء قلع الزرع فيكون بينهما وان شاء أعطى المزارع قيمة نصيبه من الزرع وان شاء أنفق هو على الزرع من ماله ثم يرجع على المزارع بحصته لان فيه رعاية الجانبين (وأما) فى موت أحد المتعاقدين أما اذا مات رب الارض بعد ما دفع الارض مزارعة ثلاث سنين ونبت الزرع وصار بقلا تترك الارض فى يدى المزارع الى وقت الحصاد ويقسم على الشرط المذكور لان فى الترك الى وقت الحصاد نظرا من الجانبين وفى القلع اضرارا بأحدهما وهو المزارع ويكون العمل على المزارع خاصة لبقاء العقد تقديرا فى هذه السنة فى هذا الزرع وان مات المزارع والزرع بقل فقال ورثته نحن نعمل على شرط المزارعة وأبى ذلك صاحب الارض فالامر الى ورثة المزارع لان فى القلع ضررا بالورثة ولا ضرر بصاحب الارض فى الترك الى وقت الادراك واذا ترك لا أجر للورثة فيما يعملون لانهم يعملون على حكم عقد أبيهم تقديرا فكأنه يعمل أبوهم وان أراد الورثة قلع الزرع لم يجبروا على العمل لان العقد ينفسخ حقيقة الا انا بقيناه باختيارهم نظرا لهم فان امتنعوا عن العمل بقى الزرع مشتركا فاما أن يقسم بينهم بالحصص أو يعطيهم صاحب الارض قدر حصتهم من الزرع البقل أو ينفق من مال نفسه الى وقت الحصاد ثم يرجع عليهم بحصتهم لان فيه رعاية الجانبين والله تعالى أعلم

﴿ كتاب المعاملة ﴾

وقد يسمى كتاب المساقاة والكلام فى هذا الكتاب فى المواضع التى ذكرناها فى المزارعة أما معنى المعاملة لغة فهو مفاعلة من العمل وفى عرف الشرع عبارة عن العقد على العمل ببعض الخارج مع سائر شرائط الجواز وأما شرعيتها فقد اختلف العلماء فيها قال أبو حنيفة عليه الرحمة انها غير مشروعة وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله والشافعى رحمه الله مشروعة واحتجوا بحديث خيبر انه عليه الصلاة والسلام دفع نخيلهم معاملة ولابى حنيفة رحمه الله أن هذا استئجار ببعض الخارج وانه منهى عنه على ما ذكرنا فى كتاب المزارعة وقدمر الجواب عن الاستدلال بحديث خيبر فلا نعيده (وأما) ركنها فهو الايجاب والقبول على نحو ما ذكرنا فيما تقدم من غير تفاوت وأما الشرائط المصححة لها على قول من يجيزها فما ذكرنا فى كتاب المزارعة (منها) أن يكون العاقدان عاقلين فلا يجوز عقد من لا يعقل فأما البلوغ فليس بشرط وكذا الحرية على نحو ما مر فى كتاب المزارعة (ومنها) أن لا يكونا مرتدين فى قول أبى حنيفة على قياس قول من أجاز المعاملة حتى لو كان أحدهما مرتدا وقعت المعاملة ثم ان كان المرتد هو الدافع فان أسلم فالخارج بينهما على الشرط وان قتل أو مات أو لحق فالخارج كله للدافع لانه نماء ملكه وللآخر أجر المثل اذا عمل وعندهما الخارج بين العامل المسلم وبين ورثة الدافع على الشرط فى الحالين كما اذا كانا مسلمين وان كان المرتد هو العامل فان أسلم فالخارج بينهما على الشرط وان قتل أو مات على الردة أو لحق فالخارج بين الدافع المسلم وبين ورثة العامل المرتد على الشرط بالاجماع لما مر فى المزارعة هذا اذا كانت المعاملة بين مسلم ومرتد فأما اذا كانت بين مسلمين ثم ارتدا أو ارتد أحدهما فالخارج على الشرط لما مر فى كتاب المزارعة ويجوز معاملة المرتدة دفعا واحداً

بالاجماع (ومنها) أن يكون المدفوع من الشجر الذى فيه ثمرة معاملة فيما يزيد ثمره بالعمل فان كان المدفوع نخلا فيه طلع أو بسر قد احمر أو اخضر الا أنه لم يتناه عظمه جازت المعاملة وان كان قد تناهى عظمه الا أنه لم يرطب فالمعاملة فاسدة لانه اذا تناهى عظمه لا يؤثر فيه العمل بالزيادة عادة فلم يوجد العمل المشروط عليه فلا يستحق الخارج بل يكون كله لصاحب النخل (ومنها) أن يكون الخارج لهما فلو شرطا أن يكون لاحدهما فسدت لما علم (ومنها) أن تكون حصة كل واحد منهما من بعض الخارج مشاعا معلوم القدر لما علم (ومنها) أن يكون محل العمل وهو الشجر معلوما وبيان هذه الجملة فى كتاب المزارعة (ومنها) التسليم الى العامل وهو التخلية حتى لو شرطا العمل عليهما فسدت لانعدام التخلية فأما بيان المدة فليس بشرط لجواز المعاملة استحسانا ويقع على أول ثمرة تخرج فى أول السنة بخلاف المزارعة والقياس أن يكون شرطا لان ترك البيان يؤدى الى الجهالة كما فى المزارعة الا انه ترك القياس لتعامل الناس ذلك من غير بيان المدة ولم يوجد ذلك فى المزارعة حتى انه لو وجد التعامل به فى موضع يجوز من غير بيان المدة وبه كان يفتى محمد بن سلمة على ما مر فى المزارعة ولو دفع أرضا ليزرع فيها الرطاب أو دفع أرضا فيها أصول رطبة نابتة ولم يسم المدة فان كان شيأ ليس لابتداء نباته ولا لانتهاء جذه وقت معلوم فالمعاملة فاسدة وان كان وقت جذه معلوما يجوز ويقع على الجذة الاولى كما فى الشجرة المثمرة

﴿فصل﴾ وأما الشرائط المفسدة للمعاملة فأنواع دخل بعضها فى الشرائط المصححة للعقد لان ما كان وجوده شرطا للصحة كان انعدامه شرطا للافساد (منها) شرط كون الخارج كله لاحدهما (ومنها) شرط أن يكون لاحدهما قفزان مسماة (ومنها) شرط العمل على صاحب الارض (ومنها) شرط الحمل والحفظ بعد القسمة على العامل لما ذكرنا فى كتاب المزارعة (ومنها) شرط الجذاذ والقطاف على العامل بلا خلاف لانه ليس من المعاملة فى شئ ولا نعدام التعامل به أيضا فكان من باب مؤنة الملك والملك مشترك بينهما فكانت مؤنته عليهما على قدر ملكيهما (ومنها) شرط عمل تبقى منفعته بعد انقضاء مدة المعاملة نحو السرقية ونصب العرايش وغرس الاشجار وتقليب الارض وما أشبه ذلك لانه لا يقتضيه العقد ولا هو من ضرورات المعقود عليه ومقاصده (ومنها) شركة العامل فيما يعمل فيه لان العامل أجير رب الارض واستئجار الانسان للعمل فى شئ هو فيه شريك المستأجر لا يجوز حتى ان النخل لو كان بين رجلين فدفعه أحدهما الى صاحبه معاملة مدة معلومة على أن الخارج بينهما أثلاث ثلثاه للشريك العامل وثلثه للشريك الساكت فالمعاملة فاسدة والخارج بينهما على قدر الملك ولا أجر للعامل على شريكه لما مر أن فى المعاملة معنى الاجارة ولا يجوز الاستئجار لعمل فيه الاجير شريك المستأجر واذا عمل لا يستحق الاجر على شريكه لما عرف فى الاجارات ولا يشبه هذا المزارعة لان الارض اذا كانت مشتركة بين اثنين دفعها أحدهما الى صاحبه مزارعة على أن يزرعها ببذره وله ثلثا الخارج انه تجوز المزارعة لان هناك لم يتحقق الاستئجار للعمل فى شئ الاجير فيه شريك المستأجر لانعدام الشركة فى البذر وهنا تحقق لثبوت الشركة فى النخل فهو الفرق ولا يتصدق واحد منهما بشئ من الخارج لانه خالص ماله لكونه نماء ملكه ولو شرطا أن يكون الخارج لهما على قدر ملكيهما جازت المعاملة لان استحقاق كل واحد منهما أعنى من الشريكين لكونه نماء ملكه لا بالعمل بل العامل منهما معين لصاحبه فى العمل من غير عوض فلم يتحقق الاستئجار ولو أمر الشريك الساكت الشريك العامل أن يشترى ما يلقح به النخل فاشتراه رجع عليه بنصف ثمنه لانه اشترى مالا متقوما على الشركة بامره فيرجع عليه وسواء كان العامل فى عقد المعاملة واحدا أو أكثر حتى لو دفع رجل نخله الى رجلين معاملة بالنصف أو بالثلث جاز وسواء سوى بينهما فى الاستحقاق أو جعل لاحدهما فضلا لان كل واحد منهما أجير صاحب الارض فكان استحقاق كل واحد منهما بالشرط فيتقدر بقدر الشرط ولو شرط لاحد العاملين مائة درهم على رب الارض والآخر ثلث الخارج ولرب الارض الثلثان جاز لان الواجب لكل واحد منهما أجرة مشروطة فيجب على حسب ما يقتضيه الشرط ولو

شرطا

شرط لصاحب النخل الثلث ولاحد العاملين الثلثين وللآخر أجر مائة درهم على العامل الذى شرط له الثلثان فهو فاسد ولا يشبه هذا المزارعة ان من دفع الارض مزارعة على ان لرب الارض الثلث وللمزارع الثلثان على أن يعمل فلان معه بثلث الخارج ان المزارعة جائزة بين رب الارض والمزارع فاسدة فى حق الثالث لان المعاملة استئجار العامل والاجرة تجب على المستأجر دون الاجير بمقابلة العمل والعمل للمستأجر فكانت الاجرة عليه فاذا اشترطها على الاجير فقد استأجره ليعمل له على أن تكون الاجرة على غيره ولا سبيل اليه ففسد العقد وهذا هو الموجب للفساد فى حق الثالث فى باب المزارعة لانه صح فيما بين صاحب الارض والمزارع لانه جعل بمنزلة عقدين ففساد أحدهما لا يوجب فساد الآخر وهذا مع هذا التكلف غير واضح و يتضح ان شاء الله تعالى

﴿فصل﴾ وأما حكم المعاملة الصحيحة عند مجيزها فأنواع (منها) ان كل ما كان من عمل المعاملة مما يحتاج اليه الشجر والكرم والرطاب وأصول الباذنجان من السقى واصلاح النهر والحفظ والتلقيح للنخل فعلى العامل لانها من توابع المعقود عليه فيتناوله العقد وكلما كان من باب النفقة على الشجر والكرم والارض من السرقين وتقليب الارض التى فيها الكرم والشجر والرطاب ونصب العرايش ونحو ذلك فعليهما على قدر حقيهما لان العقد لم يتناوله لا مقصودا ولا ضرورة وكذلك الجذاذ والقطاف لان ذلك يكون بعد انتهاء العمل فلا يكون من حكم عقد المعاملة (ومنها) أن يكون الخارج بينهما على الشرط لما مر (ومنها) أنه اذا لم يخرج الشجر شيأ فلا شىء لواحد منهما بخلاف المزارعة الفاسدة لما مر من الفرق فى كتاب المزارعة (ومنها) ان هذا العقد لازم من الجانبين حتى لا يملك أحدهما الامتناع والفسخ من غير رضا صاحبه الا من عذر بخلاف المزارعة فانها غير لازمة فى جانب صاحب البذر وقد مر الفرق (ومنها) ولاية جبر العامل على العمل الا من عذر على ما قدمناه (ومنها) جواز الزيادة على الشرط والحط عنه وانعدام الجواز والاصل فيه ما مر فى كتاب المزارعة ان كل موضع احتمل انشاء العقد احتمل الزيادة والا فلا والحط جائز فى الموضعين أصله بالزيادة فى الثمن والمثمن فاذا دفع نخلا بالنصف معاملة فخرج الثمر فان لم يتناه عظمه جازت الزيادة منهما أيهما كان لان الانشاء للعقد فى هذه الحالة جائز فكانت الزيادة جائزة ولو تناهى عظم البسر جازت الزيادة من العامل لرب الارض شيأ ولا تجوز الزيادة من رب الارض للعامل شيأ لان هذه زيادة فى الاجرة لان العامل أجير والمحل لا يحتمل الزيادة ألا ترى انه لا يحتمل الانشاء والاول حط من الاجرة واحتمال الانشاء ليس بشرط لصحة الحط (ومنها) ان العامل لا يملك أن يدفع الى غيره معاملة الا اذا قال له رب الارض اعمل فيه برأيك لان الدفع الى غيره اثبات الشركة فى مال غيره بغير اذنه فلا يصح واذا قال له اعمل فيه برأيك فقد أذن له فصح ولو لم يقل له اعمل برأيك فيه فدفع العامل الى رجل آخر معاملة فعمل فيه فأخرج فهو لصاحب النخل ولا أجر للعامل الاول ولان استحقاقه بالشرط وهو شرط العمل ولم يوجد منه العمل بنفسه ولا بغيره أيضا لان عقده معه لم يصح فلم يكن عمله مضافا اليه وله على العامل الاول أجر مثل عمله يوم عمل لانه عمل له بأمره فاستحق أجر المثل ولو هلك الثمر فى يد العامل الاخير من غير عمله وهو فى رؤس النخل فلا ضمان على واحد منهما لانعدام الغصب من واحد منهما وهو تفويت يد المالك ولو هلك من عمله فى أمر خالف فيه أمر العامل الاول فالضمان لصاحب النخل على العامل الآخر دون الاول لان الخلاف قطع نسبة عمله اليه فبقى متلفا على المالك ماله فكان الضمان عليه ولو هلك فى يده من عمله فى أمر لم يخالف فيه أمر العامل الاول فلصاحب النخل أن يضمن أيهما شاء لانه اذا لم يوجد منه بخلاف بقى عمله مضافا اليه كانه عمل لنفسه فكان له أن يضمنه وله أن يضمن الثانى لانه فى معنى غاصب الغاصب فان اختار تضمين الاول لم يرجع على الآخر بشىء لانه عمل بأمر الاول فلو رجع عليه لرجع هو عليه أيضا فلا يفيد وان اختار تضمين الآخر يرجع على الاول لانه غره فى هذا العقد فيرجع عليه بضمان الغرور وهو ضمان السلامة هذا اذا لم يقل له اعمل فيه برأيك فاما اذا قال وشرط النصف فدفعه الى رجل آخر بثلث

الخارج فهو جائز لما ذكرنا وما خرج من الثمر فنصفه لرب النخل والسدس للعامل الاول لان شرط الثلث يرجع الى نصيبه خاصة لان العمل واجب عليه فبقى له السدس ضرورة وذكر محمد رحمه الله فى الاصل انه اذا لم يقل اعمل فيه برأيك وشرط له شيئاً معلوما وشرط الاول للثانى مثل ذلك فهما فاسدان ولا ضمان على العامل الاول

﴿ فصل ﴾ وأما حكم المعاملة الفاسدة فانواع ذكرناها فى المزارعة منها أنه لا يجبر العامل على العمل لان الجبر على العمل بحكم العقد ولم يصح ومنها أن الخارج كله لصاحب الارض لان استحقاق الخارج لكونه نماء ملكه واستحقاق العامل بالشرط ولم يصح فيكون لصاحب الملك ولا يتصدق بشئ منه لانه حصل عن خالص ملكه ومنها ان أجر المثل لا يجب فى المعاملة الفاسدة ما لم يوجد العمل لما ذكرنا فى المزارعة ومنها أن وجوب أجر المثل فيها لا يقف على الخارج بل يجب وان لم يخرج الشجر شيأ بخلاف المعاملة الصحيحة وقد ذكرنا الفرق فى كتاب المزارعة ومنها أن أجر المثل فيها يجب مقدراً بالمسمى لا يتجاوز عنه عند أبى يوسف وعند محمد يجب تاما وهذا الاختلاف فيما اذا كانت حصة كل واحد منهما مسماة فى العقد فان لم تكن مسماة فى العقد يجب أجر المثل تاما بلا خلاف وقد مرت المسئلة فى كتاب المزارعة

﴿ فصل ﴾ وأما المعانى التى هى عذر فى فسخها فما ذكرنا فى كتاب المزارعة ومن الاعذار التى فى جانب العامل ان يكون سارقا معروفا بالسرقة فيخاف على الثمر والسعف

﴿ فصل ﴾ وأما الذى ينفسخ به عقد المعاملة فانواع منها صريح الفسخ ومنها الاقالة ومنها انقضاء المدة ومنها موت المتعاقدين وقد مر فى كتاب المزارعة

﴿ فصل ﴾ وأما حكم المعاملة المنفسخة فعلى نحو حكم المزارعة المنفسخة والله تعالى أعلم

﴿ كتاب الشرب ﴾

الكلام فى هذا الكتاب فى مواضع فى بيان معنى الشرب لغة وشرعا وفى بيان أنواع المياه وفى بيان حكم كل نوع منها أما الاول فالشرب فى اللغة عبارة عن الحظ والنصيب من الماء قال الله تعالى عز شأنه قال هذه ناقة لها شرب ولكم شرب يوم معلوم وفى الآية الكريمة دلالة على جواز قسمة الشرب بالايام لان الله سبحانه وتعالى عز اسمه أخبر عن نبيه سيدنا صالح عليه الصلاة والسلام قبل ذلك ولم يعقبه بالفسخ فصارت شريعة لنا مبتدأة وبها استدل محمد رحمه الله فى كتاب الشرب لجواز قسمة الشرب بالايام وفى عرف الشرع عبارة عن حق الشرب والسقى وأما بيان أنواع المياه فنقول المياه أربعة أنواع الاول الماء الذى يكون فى الاوانى والظروف والثانى الماء الذى يكون فى الآبار والحياض والعيون والثالث ماء الانهار الصغار التى تكون لاقوام مخصوصين والرابع ماء الانهار العظام كجيحون وسيحون ودجلة والفرات ونحوها أما بيان حكم كل نوع منها على القسمة أما الاول فهو مملوك لصاحبه لا حق لاحد فيه لان الماء وان كان مباحا فى الاصل لكن المباح يملك بالاستيلاء اذا لم يكن مملوكا لغيره كما اذا استولى على الحطب والحشيش والصيد فيجوز بيعه كما يجوز بيع هذه الاشياء وكذا السقاؤون يبيعون المياه المحروزة فى الظروف به جرت العادة فى الامصار وفى سائر الاعصار من غير نكير فلم يحل لاحد أن يأخذ منه فيشرب من غير اذنه ولو خاف الهلاك على نفسه من العطش فسأله فمنعه فان لم يكن عنده فضل فليس له أن يقاتله أصلا لان هذا دفع الهلاك عن نفسه باهلاك غيره لا بقصد اهلاكه وهذا لا يجوز وان كان عنده فضل ماء عن حاجته فللممنوع أن يقاتله ليأخذ منه الفضل لكن بما دون السلاح كما اذا أصابته مخمصة وعند صاحبه فضل طعام فسأله فمنعه وهو لا يجد غيره وأما الثانى الماء الذى يكون فى الحياض والآبار والعيون فليس بمملوك لصاحبه بل هو مباح فى نفسه سواء كان فى أرض مباحة أو مملوكة لكن له حق خاص فيه لان الماء فى الاصل خلق مباحا لقول النبى عليه

الصلاة والسلام الناس شركاء فى ثلاث الماء والكلا والنار والشركة العامة تقتضى الاباحة الا أنه اذا جعل فى اناء وأحرزه به فقد استولى عليه وهو غير مملوك لاحد فيصير مملوكا للمستولى كما فى سائر المباحات الغير المملوكة واذا لم يوجد ذلك بقى على أصل الاباحة الثابتة بالشرع فلا يجوز بيعه لان محل البيع هو المال المملوك وليس له أن يمنع الناس من الشفة وهو الشرب بانفسهم وسقى دوابهم منه لانه مباح لهم وقد روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن منع نبع البئر وهو فضل مائها الذى يخرج منها فلهم ان يستقوا منها لشفاههم ودوابهم فاما لزروعهم وأشجارهم فله ان يمنع ذلك لما فى الاطلاق من ابطال حقه أصلا الا اذا كان ذلك فى أرض مملوكة فلصاحبها أن يمنعهم عن الدخول فى أرضه اذا لم يضطروا اليه بان وجدوا غيره لان الدخول اضرار به من غير ضرورة فله ان يدفع الضرر عن نفسه وان لم يجدوا غيره واضطروا وخافوا الهلاك يقال له اما ان تأذن بالدخول واما ان تعطى بنفسك فان لم يعطهم ومنعهم من الدخول لهم ان يقاتلوه بالسلاح ليأخذوا قدر ما يندفع به الهلاك عنهم والاصل فيه ماروى أن قوما وردوا ماء فسألوا أهله أن يدلوهم على البئر فأبوا وسألوهم أن يعطوهم دلوا فأبوا فقالوا لهم أن أعناقنا وأعناق مطايانا كادت تقطع فأبوا فذكروا ذلك لسيدنا عمر رضى الله عنه فقال هلا وضعتم فيهم السلاح بخلاف الماء المحرز فى الاوانى والطعام حالة المخمصة لان الماء هناك مملوك لصاحبه وكذا الطعام فلا بد من مراعاة حرمة الملك لحرمة القتال بالسلاح ولا ملك هناك بل هو على الاباحة الاصلية على ما بينا فاذا منعه أحد ماله حق أخذه قاتله بالسلاح كما اذا منعه ماله المملوك وأما الثالث الماء الذى يكون فى الانهار التى تكون لاقوام مخصوصين فيتعلق به أحكام بعضها يرجع الى نفس الماء وبعضها يرجع الى الشرب وبعضها يرجع الى النهر أما الذى يرجع الى نفس الماء فهو انه غير مملوك لاحد لما ذكرنا أن الماء خلق مباح الاصل بالنص وانما يأخذ حكم الملك بالاحراز بالاوانى فلا يجوز بيعه لعدم الملك ولو قال اسقنى يوما من نهرك على ان أسقيك يوما من نهر كذا لا يجوز لان هذا مبادلة الماء بالماء فيكون بيعاً أو اجارة الشرب بالشرب وكل ذلك لا يجوز ولا تجوز اجارته لان الاجارة تمليك المنفعة لا تمليك العين بمنافعها ليست بمملوكة ولو استأجر حوضاً أو بئرا ليسقى منه ماء لا يجوز لان هذا استئجار الماء وكذا لو استأجر النهر ليصيد منه السمك لان هذا استئجار السمك وكذا لو استأجر أجمة ليحتطب لان هذا استئجار الحطب والاعيان لا تحتمل الاجارة وليس لصاحب النهر أن يمنع من الشفة وهو شرب الناس والدواب وله أن يمنع من سقى الزرع والاشجار لان له فيه حقاً خاصا وفى اطلاق السقى ابطال حقه لان كل احد يتبادر اليه فيسقى منه زرعه وأشجاره فيبطل حقه أصلا ولو أذن بالسقى والنهر خاص له جاز لانه أبطل حق نفسه وأما الذى يرجع الى الشرب فهو أنه لا يجوز بيعه منفردا بأن باع شرب يوم أو أكثر لانه عبارة عن حق الشرب والسقى والحقوق لا تحتمل الافراد بالبيع والشراء ولو اشترى به داراً وعبداً وقبضهما لزمه رد الدار والعبد لانه مقبوض بحكم عقد فاسد فكان واجب الرد كما فى سائر البياعات الفاسدة ولا شئ على البائع بما انتفع به من الشرب ولو باع الارض مع الشرب جاز تبعاً للارض ويجوز ان يجعل الشئ تبعاً لغيره وان كان لا يجعله مقصوداً بنفسه كاطراف الحيوان ولا يدخل الشرب فى بيع الارض الا بالتسمية صريحا أو بذكر ما يدل عليه بان يقول بعتها بحقوقها أو بمرافقها أو كل قليل وكثير هو لها داخل فيها وخارج عنها من حقوقها فان لم يذكر شيأ من ذلك لا يدخل لان اسم الارض بصيغته وحروفه لا يدل على الشرب ولا تجوز اجارته مفرداً لان الحقوق لا تحتمل الاجارة على الانفراد كما لا تحتمل البيع وكذا لو جعله أجرة فى اجارة الدار والعبد ونحو ذلك لا يجوز لان الاجرة فى باب الاجارة كالثمن فى باب البيع وانه لا يصلح ثمنا فى البياعات فلا يصلح أجرة فى الاجارات ولو انتفع بالدار والعبد لزمه أجر مثله لانه استوفى منفعة المعقود عليه عقداً فاسداً فيلزمه أجرة المثل كما فى سائر الاجارات الفاسدة ولو استأجر الارض مع الشرب جاز تبعاً للارض كما فى البيع على ما ذكرنا ولو استأجر أرضاً ولم يذكر الشرب والمسيل أصلا فالقياس أن لا يكون الشرب والمسيل كما فى البيع وفى الاستحسان كانا له ويدخلان تحت

اجارة الارض من غير تسمية نصا لوجودها دلالة لان الاجارة تمليك المنفعة بعوض ولا يمكن الانتفاع بالارض بدون الشرب فيصير الشرب مذكورا بذكر الارض دلالة بخلاف البيع لان البيع تمليك العين والعين تحتمل الملك بدونه ولا تجوز هبته والتصدق به لان كل واحد منهما تمليك والحقوق المفردة لا تحتمل التمليك ولا يجوز الصلح عليه بان صالح من دعوى على شرب سواء كان دعوى المال أو الحق من القصاص في النفس ومادونه لان الصلح في معنى البيع الا أنه يسقط القصاص ويكون الصلح كانه على العفو لما ذكرنا في كتاب الصلح ولان صورة الصلح أورثت شبهة والقصاص لا يستوفى مع الشبهات وتجب على القاتل والجارح الدية وارش الجناية ولا تصح تسميته في باب النكاح بان تزوج امرأة عليه وعلى الزوج مهر المثل لان النكاح تصرف تمليك وأنه لا يحتمل التمليك واذا لم تصح التسمية يجب العوض الاصلي وهو مهر المثل ولا تصح تسميته في الخلع بان اختلعت المرأة من نفسها عليه وعليها رد المأخوذ من المهر لان تسميته في معرض التمليك ان لم يصح فهو مال لكونه مرغوبا فيه فمن حيث انه لم يحتمل التمليك لم يصلح بدل الخلع ومن حيث هو مال مرغوب فيه في نفسه لم يبطل ذلك أصلا فيظهر في وجوب رد المأخوذ وهذا أصلي في باب الخلع محفوظ أنه شيء تعذر تسليم البدل المذكور وهو مال مرغوب في نفسه يجب عليها رد المأخوذ من المهر ويورثه لان الارث لا يقف على الملك لا محالة بل يثبت في حق المال كما يثبت في الملك كخيار العيب ونحو ذلك ويوصى به حتى لو أوصى لرجل أن يسقى أرضه مدة معلومة من شربه جازت الوصية وتعتبر من الثلث لان الوصية وان كان تمليكا لكنها تمليك بعد الموت ألا ترى أن الموصى له لا يملك الموصى به في الحال وانما يملك بعد الموت فاشبه الميراث فاذا احتمل الارث احتمل الوصية التي هي أخت الميراث واذا مات الموصى له تبطل الوصية حتى لا تصير ميراثا لورثة الموصى له لان الشرب ليس بعين مال بل هو حق مالي وشبه الخدمة ثم الوصية بالخدمة تبطل بموت الموصى له ولا تصير ميراثا فكذلك الوصية بالشرب ولو أوصى أن يتصدق بالشرب على المساكين لم يصح لانه لما لم يحتمل التمليك بالتصدق استوى فيه الحال والاضافة الى ما بعد الموت بالوصية ويسقى كل واحد من الشركاء على قدر شربه ولو اختلفا في قدر الشرب ولا بينة لاحدهم تحكم الاراضي فيكون الشرب بينهم على قدر أراضيهم ولا يعتبر عدد الرؤس بخلاف الجماعة اذا اختلفوا في طريق مشترك بينهم أنه لا تحكم فيه بقعة الدار بل يعتبر فيه عدد الرؤس وانما كان كذلك لاختلاف المقصود اذ المقصود من الشرب السقي والسقي يختلف باختلاف الاراضي والمقصود من الطريق هو المرور وأنه لا يختلف باختلاف الدور ولو كان الاعلى منهم لا يشرب ما لم يسكر النهر عن الاسفل بان كانت أرضه ربوة لم يكن له ذلك ولكن يشرب بحصته لان في سكر النهر حتى يشرب الاعلى منع الاسفل من الشرب وهذا لا يجوز الا اذا تراضيا على أن يسكر كل في نوبته فيجوز ولو أراد أحد الشركاء أن ينصب على النهر المشترك رحى أو دالية أو سانية نظر فيه فان كان لا يضر بالشرب والنهر وكان موضع البناء أرض صاحبه والا فلا لان رقبة النهر وموضع البناء ملك بين الجماعة على الشركة وحق الكل متعلق بالماء ولا سبيل الى التصرف في الملك المشترك والحق المشترك الا برضا الشركاء وأما الذي يرجع الى النهر فالاصل فيه أن النهر الخاص لجماعة لا يملك أحدهم التصرف فيه من غير رضا الباقين سواء أضر بهم التصرف أولا لان رقبة النهر مملوكة لهم وحرمة التصرف في المملوك لا تقف على الاضرار بالمالك حتى لو أراد واحد من الشركاء أن يحفر نهرا أصغيرا من النهر المشترك فيسوق الماء الى أرض أحياها ليس لها منه شرب ليس له ذلك الا برضاهم لان الحفر تصرف في محل مملوك على الشركة من غير رضاهم فيمنع عنه وكذلك لو كان هذا النهر يأخذ الماء من النهر العظيم فأراد واحد أن يزيد فيها كوة من غير رضا الشركاء ليس له ذلك وان كان ذلك لا يضرهم لان ذلك تصرفهم في النهر باجراء زيادة ماء فيه من غير رضاهم فيمنع عنه ولو أراد أن ينصب عليه رحى فان كان موضع البناء مملوكا له والماء يدير الرحى على سيبه له ذلك وان كان موضع البناء مشتركا أو تقع الحاجة الى تعريج الماء ثم الاعادة ليس له ذلك لما فيه من الضرر بالشركاء بتأخير

وصول حقهم اليهم بالتعريج كما اذا حفر نهراً فى أرضه وأراد أن يعرج الماء اليه ثم يعيده الى النهر وكذلك لو أراد أحدهم أن ينصب دالية أو سانية فهو على هذا التفصيل وليس لاحدهم أن يضع قنطرة على هذا النهر من غير رضاهم لان القنطرة تصرف فى حافتى النهر وفى هواه وكل ذلك مشترك ولو كان النهر بين شريكين له خمس كوى من النهر الاعظم ولاحد الشريكين أرض فى أعلى النهر وللآخر أرض فى أسفله فأراد صاحب الاعلى أن يسد شيأ من تلك الكوى لما يدخل من الضرر فى أرضه ليس له ذلك الا برضا شريكه لانه يتضرر به شريكه فلا يجوز له دفع الضرر عن نفسه باضرار غيره وان أراد أن يتهايآ حتى يسد فى حصته ماشاء لم يكن له ذلك الا برضا الشريك لما قلنا وان تراضيا على ذلك زمانا ثم بدا الصاحب الاسفل أن ينقض فله ذلك لان المراضاة على مالا يحتمل التمليك تكون مهايأة وانها غير لازمة ولو كان النهر بين رجلين له كوى فأضاف رجل أجنبى اليها كوة وحفر نهراً منه الى أرضه برضامنهما ومضى على ذلك زمان ثم بدا لاحدهما أن ينقض فله ذلك لان العارية لا تكون لازمة وكذلك لو مات لورثتهما أن ينقضوا ذلك لما قلنا ولو كان نهر بين جماعة يأخذ الماء من النهر الاعظم ولكل رجل نهر من هذا النهر فنهم من له كوتان ومنهم من له ثلاث كوى فقال صاحب الاسفل لصاحب الاعلى انكم تأخذون أكثر من نصيبكم لان دفعة الماء وكثرته فى أول النهر ولا يأتينا الا وهو قليل فأرادوا المهايأة أياما معلومة فليس لهم ذلك و يترك الماء والنهر على حاله لان ملكهم فى رقبة النهر لا فى نفس الماء ولو أراد واحد منهم أن يوسع كوة نهره لم يكن له ذلك لانه يدخل فيه الماء زائدا على حقه فلا يملك ذلك ولو حفر فى أسفل النهر جاز ولو زاد فى عرضه لا يجوز لان الكوى من حقوق النهر فيملكه بملك النهر بخلاف الزيادة فى العرض ولو كان نهر يأخذ الماء من النهر الاعظم بين قوم يخافوا أن ينبثق فأرادوا أن يحصنوه فامتنع بعضهم عن ذلك فان كان ضررا عاما يجبرون على أن يحصنوه بالحصص وان لم يكن فيه ضرر عام لا يجبرون عليه لان الانتفاع متعذر عند عموم الضرر فكان الجبر على التحصيص من باب دفع الضرر عن الجماعة فجاز واذا لم يكن الضرر عاما يمكن الانتفاع بالنهر فكان الجبر بالتحصيص جبرا عليه لزيادة الانتفاع بالنهر وهذا لا يجوز ولو كان نهر لرجل ملاصق لارض رجل فاختلف صاحب الارض والنهر فى مسناة فالمسناة لصاحب الارض عند أبى حنيفة رحمه الله أن يغرس فيها طينه ولكن ليس له أن يهدمها وعند أبى يوسف ومحمد المسناة لصاحب النهر حريما لنهره وله أن يغرس فيها و يلقى طينه و يجتاز فيها وان لم يكن ملاصقا بل كان بين النهر والارض حائل من حائط ونحوه كانت المسناة لصاحب النهر بالاجماع و بعض مشايخنا بنوا هذا الاختلاف على ان النهر هل له حريم أم لا بأن حفر رجل نهرا فى أرض موات باذن الامام عند أبى حنيفة لا حريم له وعندهما له حريم (ووجه) البناء عليه انه لما لم يكن للنهر حريم عند أبى حنيفة كان الظاهر شاهدا لصاحب الارض فكان القول قوله ولما كان له حريم عندهما كان الظاهر شاهدا لصاحب النهر فيكون القول قوله و بعضهم لم يصححوا البناء وقالوا لا خلاف ان للنهر حريما فى أرض الموات لان للبئر والعين حريما فيهما بالاجماع وقد روى عليه الصلاة والسلام انه جعل لهما حريما لحاجتهما الى الحفر لتعذر الانتفاع بهما بدون الحفر لان حاجة النهر الى الحريم كحاجة البئر والعين بل أشد فكان جعل الشرع للبئر والعين حريما جعلا للنهر من طريق الاولى دل ان البناء على هذا الاصل غير صحيح فكان هذا اختلافا مبتدأ (وجه) قولهما انه لما كان للنهر حريم بالاتفاق كان الظاهر شاهدا لصاحب النهر فيجب العمل بالظاهر حتى يقوم الدليل بخلافه ولهذا كان القول قول صاحب البئر والعين عند الاختلاف كذا هذا ولابى حنيفة ان المسناة اذا كانت مستوية بالارض فالظاهر انها ملك صاحب الارض اذ لو كانت حريما للنهر لكانت مرتفعة لكونها ملقى طينه فكان الظاهر شاهداً لصاحب الارض الا أنه لا يملك هدمها لتعلق حق صاحب النهر بها وفى الهدم ابطاله و يجوز أن يمنع الانسان من التصرف فى ملكه لتعلق حق الغير كحائط لانسان عليه جذوع لغيره فأراد هدم الحائط يمنع منه كذا هذا ثم كرى النهر المشترك على أصحاب النهر وليس على أصحاب الشفة فى الكرى

شئ لان هذا من حقوق الملك ولا ملك لاهل الشفة فى رقبة النهر بل لهم حق شرب الماء والسقى للدواب فقط واختلف فى كيفية الكرى عليهم قال أبو حنيفة عليهم أن يكروا من أعلاه واذا جاوزوا أرض رجل دفع عنه وكان الكرى على من بقى وقال أبو يوسف ومحمد الكرى عليهم جميعاً من أوله الى آخره بحصص الشرب والاراضى حتى ان النهر لو كان بين عشرة أنفس أراضيهم عليه لآخر كرى فوهة النهر الى أن يجاوز شرب أولهم بينهم على عشرة أسهم على كل واحد منهم العشر فاذا جاوزوا شرب الاول سقط عنه الكرى وكان على الباقين على تسعة أسهم فاذا جاوزوا شرب الثانى سقط عنه الكرى وكان على الباقين على ثمانية أسهم هكذا وهذا عند أبى حنيفة (وأما) عندهما فالكرى بينهم على عشرة أسهم من أعلى النهر الى أسفله (وجه) قول أبى حنيفة ان الكرى من حقوق الملك والملك فى الاعلى مشترك بين الكل من فوهة النهر الى شرب أولهم فكانت مؤنته على الكل فأما بعده فلا ملك لصاحب الاعلى فيه انما له حق وهو حق تسييل الماء فيه فكانت مؤنته على صاحب الملك لا على صاحب الحق ولهذا كانت مؤنة الكرى على أصحاب النهر ولا شىء على أهل الشفة لان الملك لاصحاب النهر ولاهل الشفة حق الشرب وسقى دوابهم وكذا كل من كان له ميل على سطح مملوك لغيره فكانت غرامته على صاحب السطح لا عليه لما قلنا (وأما) الانهار العظام كسيحون ودجلة والفرات ونحوها فلا ملك لاحد فيها ولا فى رقبة النهر وكذا ليس لاحد حق خاص فيها ولا فى الشرب بل هو حق لعامة المسلمين فلكل أحد أن ينتفع بهذه الانهار بالشفة والسقى وشق النهر منها الى أرضه بأن احيا أرضا ميتة باذن الامام له أن يشق اليها نهرا من هذه الانهار وليس للامام ولا لاحد منعه اذا لم يضر بالنهر وكذا له أن ينصب عليه رحى ودالية وسانية اذا لم يضر بالنهر لان هذه الانهار لم تدخل تحت يد أحد فلا يثبت الاختصاص بها لاحد فكان الناس فيها كلهم على السواء فكان كل واحد بسبيل من الانتفاع لكن بشريطة عدم الضرر بالنهر كالانتفاع بطريق العامة وان أضر بالنهر فلكل واحد من المسلمين منعه لما بينا انه حق لعامة المسلمين واباحة التصرف فى حقهم مشروطة بانتفاء الضرر كالتصرف فى الطريق الاعظم وسئل أبو يوسف عن نهر مرو وهو نهر عظيم أحيا رجل أرضا كانت مواتا فحفر لها نهرا فوق مرو من موضع ليس يملكه أحد فساق الماء اليها من ذلك النهر فقال أبو يوسف ان كان يدخل على أهل مرو ضرر فى مائهم ليس له ذلك وان كان لا يضرهم فله ذلك وليس لهم أن يمنعوه لما قلنا وسئل أيضا اذا كان لرجل من هذا النهر كوى معروفة هل له أن يزيد فيها فقال ان زاد فى ملكه وذلك لا يضر بأهل النهر فله ذلك ولو كان نهر خاص لقوم يأخذ الماء من هذا النهر فأراد واحد منهم أن يزيد كوة لم يكن له ذلك وان كان لا يضر بالنهر (ووجه) الفرق أن الزيادة فى الفصل الاول تصرف فى حق مشترك بين العامة وحرمة التصرف فى حقوق العامة لا تثبت الا بشريطة الضرر والزيادة فى الفصل الثانى تصرف فى ملك مشترك بأخذ زيادة الماء فى النهر والتصرف فى الملك المشترك لا تقف حرمته على الضرر بالمالك هو الفرق ولو جزر ماء هذه الانهار عن أرض فليس لمن يليها أن يضمها الى أرض نفسه لانه يحتمل أن يعود ماؤها الى مكانه ولا يجد اليه سبيلا فيحمل على جانب آخر فيضر حتى لو أمن العود أو كان بازائها من الجانب الآخر أرض موات لا يستضر أحد بحمل الماء عليه فله ذلك و يملكه اذا أحياه باذن الامام أو بغير اذنه على الاختلاف المعروف ولو احتاجت هذه الانهار الى الكرى فعلى السلطان كراها من بيت المال لان منفعتها لعامة المسلمين فكانت مؤنتها من بيت المال لقوله عليه الصلاة والسلام الخراج بالضمان وكذا لو خيف منها الغرق فعلى السلطان اصلاح مسناتها من بيت المال لما قلنا والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ كتاب الاراضى ﴾

الكلام فى موضعين فى بيان أنواع الاراضى وفى بيان حكم كل نوع منها (أما) الاول فالاراضى فى الاصل نوعان أرض مملوكة وأرض مباحة غير مملوكة والمملوكة نوعان عامرة وخراب والمباحة نوعان أيضا نوع هو من

مرافق البلدة محتطبالهم ومرعى لمواشيهم ونوع ليس من مرافقها وهو المسمى بالموات (أما) بيان حكم كل نوع منها (أما) الاراضى المملوكة العامرة فليس لاحد أن يتصرف فيها من غير اذن صاحبها لان عصمة الملك تمنع من ذلك وكذلك الارض الخراب الذى انقطع ماؤها ومضى على ذلك سنون لان الملك فيها قائم وان طال الزمان حتى يجوز بيعها وهبتها واجارتها وتصير ميراثا اذا مات صاحبها الا أنها اذا كانت خرابا فلا خراج عليها اذ ليس على الخراب خراج الا اذا عطلها صاحبها مع التمكن من الاستنماء فعليه الخراج وهذا اذا عرف صاحبها فان لم يعرف فحكمها حكم اللقطة يعرف فى كتابه ان شاء الله تعالى وأما الكلأ الذى ينبت فى أرض مملوكة فهو مباح غير مملوك الا اذا قطعه صاحب الارض واخرج فيملكه هذا جواب ظاهر الرواية عن أصحابنا رضى الله عنهم وقال بعض المتأخرين من مشايخنا رحمهم الله أنه اذا سقاه وقام عليه ملكه والصحيح جواب ظاهر الرواية لان الاصل فيه هو الاباحة لقوله عليه الصلاة والسلام الناس شركاء فى ثلاث الماء والكلا والنار والكلأ اسم لحشيش ينبت من غير صنع العبد والشركة العامة هى الاباحة الا اذا قطعه واحرزه لانه استولى على مال مباح غير مملوك فيملكه كالماء المحرز فى الاوانى والظروف وسائر المباحات التى هى غير مملوكة لاحد والنار اسم لجوهر مضىء دائم الحركة علوا فليس لمن أوقدها أن يمنع غيره من الاصطلاء بها لان النبى عليه الصلاة والسلام أثبت الشركة فيها فأما الجمر فليس بنار وهو مملوك لصاحبه فله حق المنع كسائر أملاكه ولو أراد أحد أن يدخل ملكه لاحتشاش الكلا فاذا كان يجده فى موضع آخر له أن يمنعه من الدخول وان كان لا يجده فيقال لصاحب الارض اما أن تأذن له بالدخول واما أن تحش بنفسك فتدفعه اليه كالماء الذى فى الآبار والعيون والحياض التى فى الاراضى المملوكة على ما ذكرنا فى كتاب الشرب ولو دخل انسان أرضه بغير اذنه واحتش ليس لصاحبه أن يسترده لانه مباح سبقت يده اليه وكذا لا يجوز بيعه لان محل البيع مال مملوك وان لم يثبت على ملك أحد ولا تجوز اجارته لان الاعيان لا تحتمل الاجارة على ما ذكرنا فى كتاب الشرب والجواب فى الكلا فى البيع والاجارة والهبة والنكاح والخلع والصلح والوصية كالجواب فى الشرب لان كل واحد منها غير مملوك وقد ذكرنا ذلك كله فى الشرب وكذلك المروج المملوكة فى حكم الكلا على هذا وكذلك الآجام المملوكة فى حكم السمك لان السمك أيضا مباح الاصل لقوله تعالى عز شأنه أحل لكم صيد البحر وطعامه متاعا لكم وقوله عليه الصلاة والسلام أحلت لنا ميتتان ودمان الحديث فلا يصير مملوكا الا بالاخذ والاستيلاء لما بينا ولو حظر السمك فى حظيرة فان كان مما يمكن أخذه بغير صيد يملكه بنفس الحظر لوجود الاستيلاء واثبات اليد عليه ولهذا لو باعه جاز وان كان لا يمكن أخذه الا بصيد لا يملكه صاحب الحظيرة لانه ما استولى عليه ولا يملك المباح الا بالاستيلاء ولهذا لو باعه لا يجوز بيعه وعلى هذا سائر المباحات كالطير اذا باضت أو فرخت فى أرض انسان انه يكون مباحا ويكون للآخذ لا لصاحب الارض سواء كان صاحب الارض اتخذه لوكرا أم لا وقال المتأخرون من مشايخنا رحمهم الله انه ان كان اتخذ له لملكه له يسترده من الآخذ وهذا غير سديد لقوله عليه الصلاة والسلام لمن أخذه ولان الملك فى المباح انما يثبت بالاستيلاء عليه والآخذ هو المستولى دون صاحب الارض وان اتخذه لوكرا وكذلك صيد التجأ الى ارض رجل أو دره فهو للآخذ لما قلنا ولورد صاحب الدار باب الدار عليه بعد الدخول يملكه ان أمكنه أخذه بغير صيد لوجود الاستيلاء منه وكذلك لو نصب شبكة فتعقل بها صيد تعقلا لا خلاص له فهو لناصب الشبكة سواء كانت الشبكة له أو لغيره كمن أرسل بازى انسان بغير اذنه فاخذ صيدا أو أغرى كلبا لانسان على صيد فاخذه فكان للمرسل والمغرى لا لصاحبه ولو نصب فسطاطا فجاء صيد فتعقل به فهو للآخذ (ووجه) الفرق ان نصب الشبكة وضع لتعقل الصيد ومباشر السبب الموضوع للشىء اكتساب له (فاما) نصب الفسطاط فما وضع لذلك بل لغرض آخر فتوقف الملك فيه على الاستيلاء

والاخذ حقيقة ولو حفر حفيرة فوقع فيها صيد فان كان حفرها لاجتماع الماء فيها فهو للآخذ لانه بمنزلة الاصطياد
وان كان حفرها للاصطياد بها فهو له بمنزلة الشبكة (واما) الآجام المملوكة فى حكم القصب والحطب فليس لاحد
أن يحتطب من أجمة رجل الا باذنه لان الحطب والقصب مملوكان لصاحب الاجمة ينبتان على ملكه وان لم يوجد منه
الانبات أصلا بخلاف الكلا فى المروج المملوكة لان منفعة الاجمة هى القصب والحطب فكان ذلك
مقصودا من ملك الاجمة فيملك بملكها (فاما) الكلأ فغير مقصود من المرج المملوك بل المقصود هو الزراعة ولو
أن بقارا رعى بقرا فى أجمة مملوكة لانسان فليس له ذلك وهو ضامن لما رعى وأفسد من القصب لما ذكرنا أن منفعة
الاجمة القصب والحطب وهما مملوكان لصاحب الاجمة واتلاف مال مملوك لصاحبه يوجب الضمان بخلاف
الكلا فى المروج لانه يثبت على الاباحة دون الملك على ما بينا والدليل على التفرقة بينهما أنه يجوز له دفع القصب
معاملة ولا يجوز دفع الكلا معاملة والاصل المحفوظ فيه أن القصب والحطب يملكان بملك الارض والكلأ
لا (وأما) ما لا ينبت عادة الا بصنع العبد كالقتة والقصيل وما بقى من حصاد الزرع ونحو ذلك فى أرض مملوكة
يكون مملوكا ولصاحب الارض أن يمنع غيره ويجوز بيعه ونحو ذلك لان الانبات يعد اكتسابا له فيملكه ولان
الاصل أن يكون من المملوك مملوكا الا ان الاباحة فى بعض الاشياء تثبت على مخالفة الاصل بالشرع والشرع ورد
بها فى أشياء مخصوصة فيقتصر عليها (وأما) أرض الموات فالكلام فيها فى مواضع فى تفسير الارض الموات
وفى بيان ما يملك الامام من التصرف فى الموات وفى بيان ما يثبت به الملك فى الموات وما يثبت به الحق فيه دون
الملك وفى بيان حكمه اذا ملك (أما) الاول فالارض الموات هى أرض خارج البلد لم تكن ملكا لاحد ولا
حقا له خاصا فلا يكون داخل البلد موات أصلا وكذا ما كان خارج البلد من مرافقها محتطبا لاهلها أو مرعى لهم
لا يكون مواتا حتى لا يملك الامام اقطاعها لان ما كان من مرافق أهل البلدة فهو حق أهل البلدة كفناء دارهم وفى
الاقطاع ابطال حقهم وكذلك أرض الملح والقار والنفط ونحوها مما لا يستغنى عنها المسلمون لا تكون أرض موات
حتى لا يجوز للامام أن يقطعها لاحد لانها حق لعامة المسلمين وفى الاقطاع ابطال حقهم وهذا لا يجوز وهل يشترط
أن يكون بعيدا من العمران شرطه الطحاوى رحمه الله فانه قال وما قرب من العامر فليس بموات وكذا روى
عن أبى يوسف رحمه الله ان أرض الموات بقعة لو وقف على أدناها من العامر رجل فنادى باعلى صوته لم يسمعه
من العامر وفى ظاهر الرواية ليس بشرط حتى ان بحرا من البلدة جزر ماؤه أو أجمة عظيمة لم تكن ملكا لاحد
تكون أرض موات فى ظاهر الرواية وعلى قياس رواية أبى يوسف وقول الطحاوى لا تكون والصحيح جواب
ظاهر الرواية لان الموات اسم لما لا ينتفع به فاذا لم يكن ملكا لاحد ولا حقا خاصا لم يكن منتفعا به كان بعيدا عن
البلدة أو قريبا منها (وأما) بيان ما يملك الامام من التصرف فى الموات فالامام يملك اقطاع الموات من مصالح
المسلمين لما يرجع ذلك الى عمارة البلاد التصرف فيما يتعلق بمصالح المسلمين للامام ككرى الانهار العظام واصلاح
قناطرها ونحوه ولو أقطع الامام الموات انسانا فتركه ولم يعمره لا يتعرض له الى ثلاث سنين فاذا مضى ثلاث
سنين فقد عاد مواتا كما كان وله أن يقطعه غيره لقوله عليه الصلاة والسلام ليس لمحتجر بعد ثلاث سنين حق ولان
الثلاث سنين مدة لابلاء الاعذار فاذا أمسكها ثلاث سنين ولم يعمرها دل على أنه لا يريد عمارتها بل تعطيلها
فبطل حقه وتعود الى حالها مواتا وكان للامام أن يعطيه غيره (وأما) بيان ما يثبت به الملك فى الموات وما لا
يثبت ويثبت به الحق فالملك فى الموات يثبت بالاحياء باذن الامام عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف ومحمد
رحمهم الله تعالى يثبت بنفس الاحياء واذن الامام ليس بشرط (وجه) قولهما قوله عليه الصلاة والسلام من
أحيا أرضا ميتة فهى له وليس لعرق ظالم فيه حق أثبت الملك للمحيى من غير شريطة اذن الامام ولانه مباح استولى
عليه فيملكه بدون اذن الامام كما لو أخذ صيدا أو حش كلأ وقوله عليه الصلاة والسلام ليس لعرق ظالم فيه

حق روى منونا ومضافا فالمنون هو أن تنبت عروق أشجار انسان فى أرض غيره بغير اذنه فلصاحب الارض قلعها حشيشاً ولابى حنيفة عليه الرحمة ما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال ليس للمرء الاماطابت به نفس امامه فاذا لم يأذن فلم تطلب نفسه به فلا يكون له ولان الموات غنيمة فلابد للاختصاص به من اذن الامام كسائر الغنائم والدليل عليه أن غنيمة اسم لما أصيب من أهل الحرب بايجاف الخليل والركاب والموات كذلك لان الارض كلها كانت تحت أيدى أهل الحرب استولى عليها المسلمون عنوة وقهراً فكانت كلها غنائم فلا يختص بعض المسلمين بشئ منها من غير اذن الامام كسائر الغنائم بخلاف الصيد والحطب والحشيش لانها لم تكن فى يد أهل الحرب فجاز أن تملك بنفس الاستيلاء واثبات اليد عليها (وأما) الحديث فيحتمل أنه يصير به شرعا ويحتمل أنه اذن جماعة باحياء الموات بذلك النظم ونحن نقول بموجبه فلا يكون حجة مع الاحتمال نظير قوله عليه الصلاة والسلام من قتل قتيلا فله سلبه حتى لم يصح الاحتجاج به فى ايجاب السلب للقاتل على ماذكر فى كتاب السير أو يحمل ذلك على حال الاذن توفيقاً بين الدلائل ويملك الذمى بالاحياء كما يملك المسلم لعموم الحديث ولو حجر الارض الموات لا يملكها بالاجماع لان الموات يملك بالاحياء لانه عبارة عن وضع أحجار أوخط حولها يريد أن يحجر غيره عن الاستيلاء عليها وشئ من ذلك ليس باحياء فلا يملكها ولكن صار أحق بها من غيره حتى لم يكن لغيره أن يزعجه لانه سبقت يده اليه والسبق من أسباب الترجيح فى الجملة قال النبى عليه الصلاة والسلام منى مباح من سبق وعلى هذا المسافر اذا نزل بارض مباحة أو رباط صار أحق بها ولم يكن لمن يجيء بعده أن يزعجه عنها واذا صار أحق بها فلا يقطعها الامام غيره الا اذا عطلها المتحجر ثلاث سنين ولم يعمرها (وأما) بيان حكم أرض الموات اذا ملكت فيختص بها حكمان أحدهما حكم الحريم والثانى الوظيفة من العشر والخراج أما الاول فالكلام فيه فى موضعين أحدهما فى أصل الحريم والثانى فى قدره (أما) أصله فلا خلاف فى أن من حفر بئرا فى أرض الموات يكون لها حريم حتى لو أراد أحد أن يحفر فى حريمها له أن يمنعه لان النبى عليه الصلاة والسلام جعل للبئر حريما وكذلك العين لها حريم بالاجماع لانه عليه الصلاة والسلام جعل لكل أرض حريما (وأما) النهر فقد ذكرنا الكلام فيه (وأما) تقديره فحريم العين خمسمائة ذراع بالاجماع وبه نطقت السنة وهو قوله عليه الصلاة والسلام للعين خمسمائة ذراع وحريم بئر العطن أربعون ذراعا بالاجماع نطقت به السنة قال النبى عليه الصلاة والسلام وحريم بئر العطن أربعون ذراعا وأما حريم بئر الناضح فقد اختلف فيه عند أبى حنيفة رحمه الله أربعون ذراعا وعندهما ستون ذراعا احتجا بما روى عن النبى عليه الصلاة والسلام أنه قال وحريم بئر الناضح ستون ذراعا (وجه) قول أبى حنيفة ان الملك فى الموات يثبت بالاحياء باذن الامام أو بغير اذنه ولم يوجد منه احياء الحريم وكذا اذن الامام يتناول الحريم مقصودا الا أن دخول الحريم لحاجة البئر اليه وحاجة الناضح تندفع بأربعين ذراعا من كل جانب كحاجة العطن فبقى الزيادة على ذلك على حكم الموات والحديث يحتمل أنه قال عليه الصلاة والسلام ذلك فى بئر خاص وللامام ولاية ذلك (وأما) حريم النهر فقد اختلف أبو يوسف ومحمد فى تقديره فعند أبى يوسف قدر نصف بطن النهر من كل جانب النصف من هذا الجانب والنصف من ذلك الجانب وعند محمد قدر جميع بطن النهر من كل جانب قدر جميعه (وأما) النهر اذا حفر فى أرض الموات فمنهم من ذكر الخلاف فيه بين أبى حنيفة وصاحبيه والصحيح أن له حريما بلا خلاف لما قلنا (وأما) الثانى حكم الوظيفة فان أحياها مسلم قال أبو يوسف ان كانت من حيز أرض العشر فهى عشرية وان كانت من حيز أرض الخراج فهى خراجية وقال محمد ان أحياها بماء العشر فهى عشرية وان أحياها بماء الخراج فهى خراجية وان أحياها ذمى فهى خراجية كيف ما كان بالاجماع وهى من مسائل كتاب العشر والخراج والله تعالى عز شأنه أعلم

﴿ كتاب المفقود ﴾

الكلام في المفقود يقع في أربعة مواضع في تفسير المفقود وفي بيان حاله وفي بيان ما يصنع بماله وفي بيان حكم ماله
(أما) الاول فالمفقود اسم لشخص غاب عن بلده ولا يعرف خبره أنه حي أم ميت

﴿فصل﴾ وأما حال المفقود فعبارة مشايخنا رحمهم الله عن حاله انه حي في حق نفسه ميت في حق غيره والشخص الواحد لا يكون حيا وميتا حقيقة لما فيه من الاستحالة ولكن معنى هذه العبارة انه تجري عليه أحكام الاحياء فيما كان له فلا يورث ماله ولا تبين امرأته كأنه حي حقيقة وتجري عليه أحكام الاموات فيما لم يكن له فلا يرث أحدا كأنه ميت حقيقة لان الثابت باستصحاب الحال يصلح لابقاء ما كان على ما كان ولا يصلح لاثبات ما لم يكن وملكه في احكام أمواله ونسائه أمر قد كان واستصحبنا حال الحياة لابقائه وأما ملكه في مال غيره فأمر لم يكن فتقع الحاجة الى الاثبات واستصحاب الحال لا يصلح حجة لاثبات ما لم يكن وتحقيق العبارة عن حاله أن حاله غير معلوم يحتمل انه حي ويحتمل انه ميت وهذا يمنع التوارث والبينونة لأنه ان كان حيا يرث أقاربه ولا يرثونه ولا تبين امرأته وان كان ميتا لا يرث أقاربه ويرثونه والارث من الجانبين أمر لم يكن ثابتا بيقين فوقع الشك في ثبوته فلا يثبت بالشك والاحتمال وكذلك البينونة على الاصل المعهود في الثابت بيقين لا يزول بالشك وغير الثابت بيقين لا يثبت بالشك فاذا مات واحد من أقاربه يوقف نصيبه الى ان يظهر حاله انه حي أم ميت لاحتمال الحياة والموت للحال حتى ان من هلك وترك ابنا مفقودا وابنتين وابن ابن وطلبت الابنتان الميراث فان القاضي يقضي لهما بالنصف ويوقف النصف الثاني الى أن يظهر حاله لانه ان كان حيا كان له النصف والنصف للابنتين ولا شئ لابن الابن وان كان ميتا كان للابنتين الثلثان والباقي لابن الابن فكان استحقاق النصف للابنتين ثابتا بيقين فيدفع ذلك اليهما ويوقف النصف الآخر الى ان يظهر حاله فان لم يظهر حتى مضت المدة التي يعرف فيها موته يدفع الثلثان اليهما والباقي لابن الابن وكذا لو أوصى له بشئ يوقف وكذا اذا فقد المرتد ولا يدرى انه لحق بدار الحرب أم لا توقف تركته كالمسلم

﴿فصل﴾ وأما بيان ما يصنع بماله فالذي يصنع أنواع منها أن القاضي يحفظ ماله يقيم من ينصبه للحفظ لانه مال لا حافظ له لعجز صاحبه عن الحفظ فيحفظ عليه القاضي نظرا له كما يحفظ مال الصبي والمجنون الذي لا ولي لهما ومنها انه يبيع من ماله ما يتسارع اليه الفساد ويحفظ ثمنه لأن ذلك حفظ له معنى ولا يأخذ ماله الذي في يد مودعه ومضاربه ليحفظه لان يدهما يد نيابة عنه في الحفظ فكان محفوظا بحفظه معنى فلا حاجة الى حفظ القاضي ومنها انه ينفق على زوجته من ماله ان كان عالما بالزوجية لان الانفاق عليها احياء لها فكان من باب حفظ ملك الغائب عليه عند عجزه عن الحفظ بنفسه فيملكه كما يملك حفظ ماله ومنها انه ينفق من ماله على أولاده الصغار الذكور والاناث وعلى أولاده الفقراء الزمنى من الذكور والفقيرات من الاناث سواء كن زمنى أولا وعلى والديه المحتاجين ان كان عالما بالنسب لان نفقة أولاده انما تجب بحكم الجزئية والبعضية احياء لهم واحياء نفسه واجب فكذا احياء جزئه وكله فكان الانفاق عليهم من ماله احياء لهم معنى وهو عاجز عن ذلك بنفسه فيقوم به القاضي وان لم يعلم القاضي بالزوجية والنسب فأحضروا رجلا في يده مال وديعة للمفقود أو مضاربة أو عليه دين له فاقر الرجل بذلك وبالزوجية والنسب أنفق عليهم من ذلك المال لأن للمرأة أن تأخذ نفقتها من مال زوجها اذا ظفرت به قدر ما يكفيها قال النبي صلى الله عليه وسلم لامرأة أبي سفيان خذي من مال أبي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف فاذا أقر ان هذا ماله وهذه امرأته ثبت لها حق الاخذ وكذا في الاولاد يأخذ البعض كفايته من مال البعض عند الحاجة فاذا أقر بالنسب والمال فقد ثبت لهم حق الاخذ وهذا قول أصحابنا الثلاثة رضي الله عنهم وعند زفر رحمه الله ليس للقاضي ذلك لكونه قضاء على الغائب ونحن نقول ليس هذا من باب القضاء على الغائب بل هو من باب النظر للغائب وللقاضي ولاية النظر للغائب لما علم على ما ذكرنا في كتاب النفقات ولو أخذ القاضي منهم كفيلا كان حسنا لجواز ان يحضر المفقود فيقيم البينة على انه كان طلق امرأته أو

كان اعطاهم النفقة معجلة هـذا اذا أقر الرجل بهما فاما اذا أنكرهما جميعا أو أقر باحدهما دون الآخر فاقاموا البينة على ذلك لا تسمع بينتهم لانه يكون قضاء على الغائب وله من غير ان يكون عنـه وله خصم حاضر لان المودع والمضارب والغريم ليسوا خصماء عن الغائب فى اثبات الزوجية وايجاب النفقة عليه وكذا الاولاد والوالدون والمرأة ليسوا خصماء للغائب فى اثبات ملك المال له وكل ذلك لا يجوز فان اعطوهم شيأ فهو من مال أنفسهم لانهم متطوعون فى ذلك ولا ينفق من ماله على من سواهم من ذوى الارحام لان نفقتهم ليست بعلة الجزئية والبعضية لعدمها بل بطريق الصلة والبر بهم والاحسان اليهم الاترى انهـم ليس لهم أن يمدوا أيديهم فيأخـذوا من ماله عند حاجتهم اليـه بخلاف الوالدين والمولودين فكان الانفاق من ماله قضاء على الغائب والاصل ان كل مال ثبت حق الاخذ منـه للمنفق عليه من غير قضاء القاضى له ان ينفق منه ومالا يثبت حق الاخذ منـه الا بقضاء ليس للقاضى ان ينفق منه ثم القاضى انما ينفق من مال المفقود على ماذكرنا اذا كان المال دراهم أو دنانير أو طعاما أو ثيابا هى من جنس كسوتها فاما اذا كان من جنس آخر من العروض والعقار فلا ينفق لانه لا يمكنه الانفاق الا بالبيع وليس للقاضى أن يبيع العقار والعروض على الغائب بالاجماع لان البيع على الغائب فى معنى الحجر عليه والحجر على الحر البالغ لا يجوز عند أبى حنيفة وعندهما ان جاز على الحاضر لكن لا يجوز على الغائب لان الجواز على الحاضر لدفع الظلم بالامتناع عن قضاء الدين مع القدرة على القضاء من ثمن العين ولم يتحقق الظلم منه حالة الغيبـة لما لم يعرف منـه الامتناع من الانفاق فافترق الحالان وانما ملك بيع ما يتسارع اليه الفساد لان ذلك وان كان بيعا صورة فهو حفظ وامساك له معنى والقاضى يملك حفظ مال المفقود وأما الاب فليس له أن يبيع العقار فى نفقة الغائب من غير اذن القاضى بالاجماع وأما المنقول فله أن يبيعه عند أبى حنيفة من غير أمر القاضى وعندهما لا يبيع المنقول كما لا يبيع العقار لما علم فى كتاب النفقات والله تعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما حكم ماله فهو انه اذا مضت من وقت ولادته مدة لا يعيش اليها عادة يحكم بموته ويعتق أمهات أولاده ومدبروه وتبين امرأته ويصير ماله ميراثا لورثته الاحياء وقت الحكم ولا شئ لمن مات قبـل ذلك ولم يقدر لتلك المدة فى ظاهر الرواية تقـديرا وروى الحسن عن أبى حنيفة أنه قدرها بمائة وعشرين سنة من وقت ولادته وذكر محمد فى الاصل انه فقـد رجل بصفين أو بالجمل ثم اختصم ورثته فى ماله فى زمن أبى حنيفة عليه الرحمة فقسم بينهم وقيل كانت وفاة سيدنا على رضى الله عنه فى سـنة أربعين ووفاة أبى حنيفة رضى الله عنه فى سنة مائة وخمسين وروى عن محمـد رحمه الله انه قدرها بمائة سنة فاذا مضت المدة المقدرة يحكم بموته وتثبت جميع الاحكام المتعلقة بالمدة كما اذا قامت البينة على موته والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿كتاب اللقيط﴾

الكلام فى اللقيط فى مواضع فى تفسير اللقيط لغة وعرفا وفى بيان حاله وفى بيان ما يتعلق به من الاحكام أما فى اللغة فهو فعيل من اللقط وهو اللقاء بمعنى المفعول وهو الملقوط وهو الملقى أو الاخـذ والرفع بمعنى الملقوط وهو المأخوذ والمرفوع عادة لما انه يؤخـذ فيرفع وأما فى العرف فنقول هو اسم للطفل المفقود وهو الملقى أو الطفل المأخوذ والمرفوع عادة فكان تسميته لقيطا باسم العاقبة لانه يلقط عادة أى يؤخذ ويرفع وتسمية الشئ باسم عاقبته أمر شائع فى اللغة قال الله تعالى جل شأنه انى أرانى أعصر خمراً وقال الله تعالى جل شأنه انك ميت وانهم ميتون سمى العنب خمرا والحى الذى يحتمل الموت ميتا باسم العاقبة كذا هذا

﴿فصل﴾ وأما بيان حاله فله أحوال ثلاث لا بد من التعرف عنها حاله فى الحرية والرق وحاله فى النسب أما حاله فى الحرية والرق فهو انه حر من حيث الظاهر كذا روى عن سيدنا عمر وسيدنا على رضى الله عنهما انهما حكما بكون اللقيط حرا ولان الاصل هو الحرية فى بنى آدم لان الناس كلهم أولاد سيدنا آدم عليه الصلاة والسلام وحواء وهما كانا

حرين والمتولد من الحرين يكون حرا وانما حدث الرق فى البعض شرعا بعارض الاستيلاء بسبب عارض وهو الكفر الباعث على الحراب فيجب العمل بالاصل حتى يقوم الدليل على العارض فرتب عليه أحكام الاحرار من أهلية الشهادة والاعتاق والتدبير والكتابة واستحقاق الحد على قاذفه وغير ذلك من الاحكام المختصة بالاحرار الا انه لا يحد قاذف أمه لان احصان المقذوف شرط انعقاد علة توجب على القاذف ولم يعرف احصانها لانعقاد القذف عليه لوجوب الحد على القاذف ولو ادعى الملتقط أو غيره انه عبده لا يسمع منه الا ببينة لان حريته ثابتة من حيث الظاهر فلا يقدر على ابطال هذا الظاهر الا بدليل ولو بلغ فأقر انه عبد فلان نظر فى ذلك ان كان لم يجر عليه شئ من أحكام الاحرار بعد من قبول شهادته وضرب قاذفه الحد ونحوه صح اقراره لانه لم تعرف حريته الا بظاهر الحال فاذا أقر بالرق فالظاهر انه لا يقر على نفسه بالرق كاذبا فصح اقراره الا انه لا يعتبر فى ابطال ما يفعله من التصرفات من الهبة والكفالة والاعتاق والنكاح ونحوها من التصرفات التى لا يملكها العبد حتى لا تنفسخ وهذا عندنا وقال الشافعى رحمه الله فى أحد قوليه ينفسخ (وجه) قوله انه لما أقر بالرق فقد ظهر انه كان رقيقا وقت التصرف فلم يصح تصرفه كما اذا اقامت البينة على رقه ولنا ان هذا اقرار تضمن ابطال حق الغير لان حريته ثابتة من حيث الظاهر فلا يصدق فى حق ذلك الغير لما عرف أن الاقرار تصرف على نفس المقر فاذا تضمن ابطال حقه حق الغير كان دعوى أو شهادة على غيره من ذلك الوجه فيصدق على نفسه لا على غيره كمن أقر بحرية عبد انسان ثم اشتراه عتق عليه ولا يرجع بالثمن على البائع لما قلنا كذا هذا والاستدلال بالبينة غير سديد لان الشاهد غير متهم فى شهادته على غيره فاما المقر فى اقراره على غيره فمتهم فهو الفرق وان كان قد أجرى عليه شئ من ذلك لا يصح اقراره لانه اذا أجرى عليه شئ من أحكام الاحرار فقد ظهرت حريته عند الناس كافة فظهر انه حر الاصل فلا يملك ابطالها بالاقرار بالرق وأما حاله فى الاسلام والكفر فان وجده مسلم فى مصر من أمصار المسلمين أو فى قرية من قراهم يكون مسلما حتى لو مات يغسل ويصلى عليه ويدفن فى مقابر المسلمين وان وجده ذمى فى بيعة أو كنيسة أو فى قرية ليس فيها مسلم يكون ذميا تحكيما للظاهر كما اذا وجده مسلم فى بيعة أو كنيسة أو فى قرية من قرى أهل الذمة يكون ذميا ولو وجده ذمى فى مصر من أمصار المسلمين أو فى قرية من قراهم يكون مسلما كذا ذكر فى كتاب اللقيط من الاصل واعتبر المكان وروى ابن سماعة عن محمد انه اعتبر حال الواجد من كونه مسلما أو ذميا وفى كتاب الدعوى اعتبر الاسلام الى أيهما نسب الى الواجد أو الى المكان والصحيح رواية هذا الكتاب لان الموجود فى مكان هو فى أيدى أهل الاسلام وتصرفهم فى أيديهم واللقيط الذى هو فى يد المسلم وتصرفه يكون مسلما ظاهرا والموجود فى المكان الذى هو فى أيدى أهل الذمة وتصرفهم فى أيديهم واللقيط الذى هو فى يد الذمى وتصرفه يكون ذميا ظاهرا فكان اعتبار المكان أولى فان وجده مسلم فى مصر من أمصار المسلمين فبلغ كافرا يجبر على الاسلام ولكن لا يقتل لانه لم يعرف اسلامه حقيقة وانما حكم به تبعا للدار فلم تتحقق ردته فلا يقتل وأما حاله فى النسب فهو انه مجهول النسب حتى لو ادعى انسان نسبة الملتقط أو عتقه تصح دعوته ويثبت النسب منه لما علم فى كتاب الدعوى وأما الاحكام المتعلقة به فانواع منها أن التقاطه أمر مندوب اليه لما روى أن رجلا أتى سيدنا عليا رضى الله عنه بلقيط فقال هو حر ولان أكون وليت من أمره مثل الذى وليت أنت كان أحب الى من كذا وكذا عد جملة من أعمال الخير فقد رغب فى الالتقاط وبالغ فى الترغيب فيه حيث فضله على جملة من أعمال الخير على المبالغة فى الندب اليه ولانه نفس لا حافظ لها بل هى فى مضيعة فكان التقاطها احياء لها معنى وقد قال الله تعالى ومن أحياها فكأنما أحيا الناس جميعا ومنها أن الملتقط أولى بامساكه من غيره حتى لا يكون لغيره ان يأخذه منه لانه هو الذى أحياه بالتقاطه ومن أحيا أرضا ميتة فهى له على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم ولانه مباح الاخذ سبقت يد الملتقط اليه والمباح مباح من سبق على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم ومنها ان نفقته من بيت المال لان ولاءه له وقد قال عليه الصلاة والسلام الخراج بالضمان ولو كان معه مال مشدود عليه فهو له لان الظاهر انه ماله فيكون له

كثيابه التى عليه وكذا اذا وجد مشدودا على دابة فالدابة له لما قلنا وتكون النفقة من ماله لان الانفاق من بيت المال للضرورة ولا ضرورة اذا كان له مال وليس على الملتقط ان ينفق عليه من مال نفسه لانعدام السبب الموجب للنفقة عليه ولو أنفق عليه من مال نفسه فان فعل باذن القاضى له ان يرجع عليه وان فعل بغير اذنه لا يرجع عليه لانه يكون متطوعا فيه ومنها ان عقله لبيت المال لان عاقلته بيت المال فيكون عقله له لقوله عليه الصلاة والسلام الخراج بالضمان ومنها ان ولاءه لبيت المال لما قلنا ومنها ان له ان يوالى من شاء اذا بلغ الا اذا اعتقل عنه بيت المال فليس له ان يوالى أحدا الا ان العقد يلزم بالعقل على ما نذكر فى كتاب الديات ان شاء الله تعالى لما علم فى الولاء ومنها ان وليه السلطان له الولاية فى ماله ونفسه لقوله عليه الصلاة والسلام السلطان ولى من لا ولى له وروى عنه عليه الصلاة والسلام انه قال الله ورسوله ولى من لا ولى له والخال وارث من لا وارث له والسلطان نائب الله ورسوله فيزوج اللقيط ويتصرف فى ماله وليس للملتقط ان يفعل شيأ من ذلك لانه لا ولاية له عليه لانعدام سببها وهو القرابة والسلطنة الا انه يجوز له ان يقبض الهبة له ويسلمه فى صناعة ويؤاجره لان ذلك ليس من باب الولاية عليه بل من باب اصلاح حاله وايصال المنفعة المحضة اليه من غير ضرر فاشبه اطعامه وغسل ثيابه ومنها ان نسبه من المدعى يحتمل الثبوت شرعا لانه مجهول النسب على ما يأتى فى كتاب الدعوى حتى لو ادعى الملتقط أو غيره انه ابنه تسمع دعواه من غير بينة و بينته نسبه منه والقياس ان لا تسمع الا ببينة وجه القياس ظاهر لانه يدعى أمرا جائز الوجود والعدم فلا بد لترجيح أحد الجانبين على الآخر من مرجح وذلك بالبينة ولم توجد وجه الاستحسان انه عامل أخبر بأمر محتمل الثبوت وكل من أخبر عن أمر والمخبر به محتمل الثبوت يجب تصديقه تحسينا للظن بالمخبر هو الاصل الا اذا كان فى تصديقه ضرر بالغير وههنا فى التصديق واثبات النسب نظر من الجانبين جانب اللقيط بشرف النسب والتربية والصيانة عن أسباب الهلاك وغير ذلك وجانب المدعى بولد يستعين به على مصالحه الدينية والدنيوية وتصديق المدعى فى دعوى ما ينتفع به ولا يتضرر به غيره بل ينتفع به لا يقف على البينة وسواء كان المدعى مسلما أو ذميا أو عبدا حتى لو ادعى نسبه ذمى تصح دعوته حتى يثبت نسبه منه لكنه يكون مسلما لانه ادعى شيئين يتصور انفصال أحدهما عن الآخر فى الجملة وهو نسب الولد وكونه كافرا ويمكن تصديقه فى أحدهما لكونه نفعا للقيط وهو كونه ابنا له ولا يمكن تصديقه فى الآخر لكونه ضررا به وهو كونه كافرا فيصدق فيما فيه منفعة فيثبت نسب الولد منه ولا يصدق فيما يضره فلا يحكم بكفره وليس من ضرورة كون الولد منه أن يكون كافرا ألا ترى أنه يحكم باسلامه و باسلام أمه وان كان الاب كافرا هذا اذا أقر الذمى انه ابنه ولا بينة له فان أقام البينة على ذلك ثبت نسب الولد منه و يكون على دينه بخلاف الاقرار ووجه الفرق بين الاقرار و بين الشهادة انه متهم فى اقراره بما يتضمنه اقراره وهو كون الولد على دينه ولا تهمة فى الشهادة لما مر ولو ادعى عبد انه ابنه صحت دعوته وثبت نسبه منه لكنه يكون حرا لما ذكرنا فى دعوى الذمى لانه ادعى شيئين أحدهما نفع اللقيط والآخر مضرة وهو الرق فيصدق فيما ينفعه لا فيما يضره على ما ذكرنا فى دعوى الذمى ولو ادعاه رجلان انه ابنهما ولا بينة لهما فان كان أحدهما مسلما والآخر ذميا فالمسلم أولى لانه أنفع للقيط وكذلك اذا كان أحدهما حرا والآخر عبدا فالحر أولى لانه أنفع له وان كانا مسلمين حرين فان وصف أحدهما علامة فى جسده فالواصف أولى به عندنا وعند الشافعى رحمه الله يرجع الى القائف فيؤخذ بقوله والصحيح قولنا لان الدعوتين متى تعارضتا يجب العمل بالراجح منهما وقد ترجح أحدهما بالعلامة لانه اذا رضى العلامة ولم يصف الآخر دل على ان يده عليه سابقة فلا بد لزوال هما من دليل والدليل على جواز العمل بالعلامة قوله تعالى عز شأنه خبرا عن أهل تلك المرأة ان كان قميصه قد من قبل فصدقت وهو من الكاذبين وان كان قميصه قد من دبر فكذبت وهو من الصادقين فلما رأى قميصه قد من دبر قال انه من كيدكن ان كيدكن عظيم حكى الله تعالى عن الحكم بالعلامة عن الأمم السالفة فى كتابه العزيز ولم يغير عليهم والحكيم اذا حكى عن منكر غيره فصار الحكم بالعلامة شريعة لنا مبتدأة وكذا عند اختلاف الزوجين فى متاع البيت يميز ذلك بالعلامة كذا ههنا وان لم

يصف أحدهما العلامة يحكم بكونه ابنا لهما اذ ليس أحدهما بأولى من الآخر فان اقام أحدهما البينة فهو أولى به وان أقاما جميعا البينة يحكم بكونه ابنا لهما لانه ليس أحدهما بأولى من الآخر وقد روى عن سيدنا عمر رضى الله عنه فى مثل هذا انه قال انه ابنهما يرثهما ويرثانه وهو للثانى منهما فان ادعاه أكثر من رجلين فاقام البينة روى عن أبى حنيفة رضى الله عنه انه تسمع من خمسة وقال أبو يوسف من اثنين ولا تسمع من أكثر من ذلك وقال محمد تسمع من ثلاثة ولا تسمع من أكثر من ذلك هذا اذا كان المدعى رجلا فان كانت امرأة فادعته انه ابنها فان صدقها زوجها او شهدت لها القابلة أو قامت البينة صحت دعوتها والا فلا لان فيه حمل نسب الغير على الغير وانه لا يجوز لما نذكره فى كتاب الاقرار ولو ادعاه امرأتان وأقامت احداهما البينة فهى أولى به وان أقامتا جميعا فهو ابنهما عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف لا يكون لواحدة منهما وعن محمد روايتان فى رواية أبى حفص يجعل ابنهما وفى رواية أبى سليمان لا يجعل ابن واحدة منهما والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ كتاب اللقطة ﴾

الكلام فى اللقطة فى مواضع فى بيان أنواعها وفى بيان أحوالها وفى بيان ما يصنع بها أما الاول فنوعان من غير الحيوان وهو المال الساقط لا يعرف مالكه ونوع من الحيوان وهو الضالة من الابل والبقر والغنم من البهائم الا انه يسمى لقطة من اللقط وهو الاخذ والرفع لانه يلقط عادة أى يؤخذ ويرفع على ما ذكرنا فى كتاب اللقيط

﴿ فصل ﴾ وأما بيان أحوالها فى الاصل حالان حال ما قبل الاخذ وحال ما بعده أما قبل الاخذ فلها أحوال مختلفة قد يكون مندوب الاخذ وقد يكون مباح الاخذ وقد يكون حرام الاخذ أما حالة الندب فهو أن يخاف عليها الضيعة لو تركها فاخذها لصاحبها أفضل من تركها لانه اذا خاف عليها الضيعة كان أخذها لصاحبها احياء لمال المسلم معنى فكان مستحبا والله تعالى أعلم وأما حالة الاباحة فهو ان لا يخاف عليها الضيعة فيأخذها لصاحبها وهذا عندنا وقال الشافعى رحمه الله اذا خاف عليها يجب أخذها وان لم يخف يستحب أخذها وزعم ان الترك عند خوف الضيعة يكون تضييعا لها والتضييع حرام فكان الاخذ واجبا وهذا غير سديد لان الترك لا يكون تضييعا بل هو امتناع من حفظ غير ملزم والامتناع من حفظ غير ملزم لا يكون تضييعا كالامتناع عن قبول الوديعة وأما حالة الحرمة فهو ان يأخذها لنفسه لا لصاحبها لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لا يأوى الضالة الا ضال والمراد أن يضمها الى نفسه لاجل نفسه لا لاجل صاحبها بالرد عليه لان الضم الى نفسه لاجل صاحبها ليس بحرام ولانه أخذ مال الغير بغير اذنه لنفسه فيكون بمعنى الغصب وكذا لقطة البهيمة من الابل والبقر والغنم عندنا وقال الشافعى رحمه الله لا يجوز التقاطها أصلا واحتج بما روى أن رجلا سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ضالة الابل فقال مالك ولها معها حذاؤها وسقاؤها ترد الماء وترعى الشجر دعها حتى يلقاها ربها نهى عن التعرض لها وأمر بترك الاخذ فدل على حرمة الاخذ (ولنا) ما روى أن رجلا وجد بعيرا بالحرة فعرفه ثم ذكره لسيدنا عمر رضى الله تعالى عنه فأمره أن يعرفه فقال الرجل لسيدنا عمر قد شغلنى عن ضيعتى فقال سيدنا عمر ارسله حيث وجدته ولان الاخذ حال خوف الضيعة احياء لمال المسلم فيكون مستحبا وحال عدم الخوف ضرب احراز فيكون مباحا على ما ذكرنا وأما الحديث فلا حجة له فيه لان المراد منه أن يكون صاحبه قريبا منه ألا ترى أنه قال عليه الصلاة والسلام حتى يلقاها ربها وانما يقال ذلك اذا كان قريبا أو كان رجاء اللقاء ثابتا ونحن به نقول ولا كلام فيه والدليل عليه انه لما سأله عن ضالة الغنم قال خذها فانها لك أو لاخيك أو للذئب دعاه الى الاخذ ونبه على المعنى وهو خوف الضيعة وانه موجود فى الابل والنص الوارد فيها أولى أن يكون واردا فى الابل وسائر البهائم دلالة الا أنه عليه الصلاة والسلام فصل بينهما فى الجواب من حيث الصورة لهجوم الذئب على الغنم اذا لم يلقها ربها عادة بعيدا كان أو قريبا وكذلك الابل لانها تذب عن نفسها عادة هذا الذى

ذكرنا

ذكرنا حال ماقبل الاخذ وأما حال ما بعده فلها بعد الاخذ حالان فى حال هى أمانة وفى حال هى مضمونة أما حالة الامانة فهى أن يأخذها لصاحبها لانه أخذها على سبيل الامانة فكانت يده يد امانة كيد المودع وأما حالة الضمان فهى أن يأخذها لنفسه لان المأخوذ لنفسه مغصوب وهذا لا خلاف فيه وانما الخلاف فى شئ آخر وهو أن جهة الامانة انما تعرف من جهة الضمان اما بالتصديق أو بالاشهاد عند أبى حنيفة وعندهما بالتصديق أو باليمين حتى لو هلكت فجاء صاحبها وصدقه فى الاخذ له لا يجب عليه الضمان بالاجماع وان لم يشهد لان جهة الامانة قد ثبتت بتصديقه وان كذبه فى ذلك فكذا عند أبى يوسف ومحمد أشهد أو لم يشهد ويكون القول قول الملتقط مع يمينه وأما عند أبى حنيفة فان أشهد فلا ضمان عليه لانه بالاشهاد ظهر أن الاخذ كان لصاحبه فظهر أن يده يد أمانة وان لم يشهد يجب عليه الضمان ولو أقر الملتقط أنه أخذها لنفسه يجب عليه الضمان لانه أقر بالغصب والمغصوب مضمون على الغاصب وجه قولهما أن الظاهر انه أخذه لا لنفسه لان الشرع انما مكنه من الاخذ بهذه الجهة فكان اقدامه على الاخذ دليلا على أنه أخذ بالوجه المشروع فكان الظاهر شاهدا له فكان القول قوله ولكن مع الحلف لان القول قول الامين مع اليمين ولابى حنيفة رحمه الله وجهان أحدهما أن أخذ مال الغير بغير اذنه سبب لوجوب الضمان فى الاصل الا أنه اذا كان الاخذ على سبيل الامانة بان أخذه لصاحبه فيخرج من أن يكون سببا وذلك انما يعرف بالاشهاد فاذا لم يشهد لم يعرف كون الاخذ لصاحبه فبقى الاخذ سببا فى حق وجوب الضمان على الاصل والثانى أن الاصل ان عمل كل انسان له لا لغيره بقوله سبحانه وتعالى وأن ليس للانسان الا ما سعى وقوله تعالى لها ما كسبت وعليها ما اكتسبت فكان أخذه اللقطة فى الاصل لنفسه لا لصاحبها وأخذ مال الغير بغير اذنه لنفسه سبب لوجوب الضمان لانه غصب وانما يعرف الاخذ لصاحبها بالاشهاد فاذا لم يوجد تعين أن الاخذ لنفسه فيجب عليه الضمان ولو أخذ اللقطة ثم ردها الى مكانها الذى أخذها منه لا ضمان عليه فى ظاهر الرواية وكذا نص عليه محمد فى الموطا وبعض مشايخنا رحمهم الله قالوا هذا الجواب فيما اذا رفعها ولم يبرح عن ذلك المكان حتى وضعها فى موضعها فاما اذا ذهب بها عن ذلك المكان ثم ردها الى مكانها يضمن وجواب ظاهر الرواية مطلق عن هذا التفصيل مستغن عن هذا التأويل وقال الشافعى رحمه الله يضمن ذهب عن ذلك المكان أو لم يذهب وجه قوله أنه لما أخذها من مكانها فقد التزم حفظها بمنزلة قبول الوديعة فاذا ردها الى مكانها فقد ضيعها بترك الحفظ الملتزم فاشبه الوديعة اذا ألقاها المودع على قارعة الطريق حتى ضاعت (ولنا) أنه أخذها محتسبا متبرعا ليحفظها على صاحبها فاذا ردها الى مكانها فقد فسخ التبرع من الاصل فصار كانه لم يأخذها أصلا وبه تبين أنه لم يلزم الحفظ وانما تبرع به وقد رده بالرد الى مكانها فارتد وجعل كان لم يكن هذا اذا كان أخذها لصاحبها ثم ردها الى مكانها فضاعت وصدقه صاحبها فيه أو كذبه لكن الملتقط قد كان أشهد على ذلك فان كان لم يشهد يجب عليه الضمان عند أبى حنيفة وعندهما لا يجب أشهد أو لم يشهد ويكون القول قوله مع يمينه أنه أخذها لصاحبها على ما ذكرنا ثم تفسير الاشهاد على اللقطة أن يقول الملتقط بمسمع من الناس انى التقطت لقطة أو عندى لقطة فأى الناس أنشدها فدلوه على أو يقول عندى شئ فمن رأيتموه يسأل شيأ فدلوه على فاذا قال ذلك ثم جاء صاحبها فقال الملتقط قد هلكت كان القول قوله ولا ضمان عليه بالاجماع وان كان عنده عشر لقطات لان اسم الشئ واللقطة منكرا ان كان يقع على شئ واحد ولقطة واحدة لغة لكن فى مثل هذا الموضع يراد بها كل الجنس فى العرف والعادة لا فرد من الجنس اذ المقصود من التعريف ايصال الحق الى المستحق ومطلق الكلام ينصرف الى المتعارف والمعتاد فكان هذا اشهادا على الكل بدلالة العرف والعادة ولو أقر أنه كان أخذها لنفسه لا يبرأ عن الضمان الا بالرد على المالك لانه ظهر انه أخذها غصبا فكان الواجب عليه الرد الى المالك لقوله عليه الصلاة والسلام على اليد ما أخذت حتى ترده فاذا عجز عن رد العين يجب عليه بدلها كما فى الغصب وكذلك اذا أخذ الضالة ثم أرسلها الى مكانها الذى أخذها منه فحكمها حكم اللقطة لان هذا أحد نوعى اللقطة وقد روى ينافى هذا الباب عن سيدنا عمر رضى

الله عنه أنه قال لواجد البعير الضال أرسله حيث وجدته وهذا يدل على انتفاء وجوب الضمان

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما يصنع بها فنقول وبالله التوفيق اذا أخذ اللقطة فانه يعرفها لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال عرفها حولا حين سئل عن اللقطة وروى أن رجلا جاء الى عبد الله بن سيدنا عمر رضى الله تعالى عنهما فقال انى وجدت لقطة فما تأمرنى فيها فقال عرفها سنة وروينا عن سيدنا عمر رضى الله عنه أنه أمر بتعريف البعير الضال ثم نقول الكلام فى التعريف فى موضعين أحدهما فى مدة التعريف والثانى فى بيان مكان التعريف أما مدة التعريف فيختلف قدر المدة لاختلاف قدر اللقطة ان كان شيئا له قيمة تبلغ عشرة دراهم فصاعدا يعرفه حولا وان كان شيأ قيمته أقل من عشرة يعرفه أياما على قدر ما يرى وروى الحسن بن زياد عن أبى حنيفة أنه قال التعريف على خطر المال ان كان مائة ونحوها عرفها سنة وان كان عشرة ونحوها عرفها شهرا وان كان ثلاثة ونحوها عرفها جمعة أو قال عشرة وان كان درهما ونحوه عرفه ثلاثة أيام وان كان دانقا ونحوه عرفه يوما وان كان تمرة أو كسرة تصدق بها وانما تكمل مدة التعريف اذا كان مما لا يتسارع اليه الفساد فان خاف الفساد لم تكمل ويتصدق بها وأما مكان التعريف فالاسواق وأبواب المساجد لانها مجمع الناس وممرهم فكان التعريف فيها أسرع الى تشهير الخبر ثم اذا عرفها فان جاء صاحبها وأقام البينة انها ملكه أخذها لقوله عليه الصلاة والسلام من وجد عين ماله فهو أحق به وان لم يقم البينة ولكنه ذكر العلامة بان وصف عفاصها ووكاءها ووزنها وعددها يحل للملتقط أن يدفع اليه وان شاء أخذ منه كفيلا لان الدفع بالعلامة مما قد ورد به الشرع فى الجملة كما فى اللقيط الا ان هناك يجبر على الدفع وهنا لا يجبر لان هناك يجبر على الدفع بمجرد الدعوى فمع العلامة أولى وهنا لا عبرة بمجرد الدعوى بالاجماع فجاز أن لا يجبر على الدفع مع العلامة ولكن يحل له الدفع وله أن يأخذ كفيلا لجواز مجىء آخر فيدعيها ويقيم البينة ثم اذا عرفها ولم يحضر صاحبها مدة التعريف فهو بالخيار ان شاء أمسكها الى أن يحضر صاحبها وان شاء تصدق بها على الفقراء ولو أراد أن ينتفع بها فان كان غنيا لا يجوز أن ينتفع بها عندنا وعند الشافعى رحمه الله اذا عرفها حولا ولم يحضر صاحبها كان له أن ينتفع بها وان كان غنيا وتكون قرضا عليه واحتج بما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لمن سأله عن اللقطة عرفها حولا فان جاء صاحبها والا فشأنك بها وهذا اطلاق الانتفاع للملتقط من غير السؤال عن حاله أنه فقير أو غنى بل ان الحكم لا يختلف (ولنا) ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لا تحل اللقطة فمن التقط شيأ فليعرفه سنة فان جاءه صاحبها فليردها عليه وان لم يأت فليتصدق والاستدلال به من وجهين أحدهما أنه نفى الحل مطلقا وحالة الفقر غير مرادة بالاجماع فتعين حالة الغنى والثانى أنه أمر بالتصدق ومصرف الصدقة الفقير دون الغنى وان الانتفاع بمال المسلم بغير اذنه لا يجوز الا لضرورة ولا ضرورة اذا كان غنيا وأما الحديث فلا حجة له فيه لان قوله عليه الصلاة والسلام فشأنك بها ارشاد الى الاشتغال بالحفظ لان ذلك كان شأنه المعهود باللقط الى هذه الغاية أو نحمله على هذا توفيقا بين الحديثين صيانة لهما عن التناقض واذا تصدق بها على الفقراء فاذا جاء صاحبها كان له الخيار ان شاء أمضى الصدقة وله ثوابها وان شاء ضمن الملتقط أو الفقير ان وجده لان التصدق كان موقوفا على اجازته وأيهما ضمن لم يرجع على صاحبه كما فى غاصب الغاصب وان كان فقيرا فان شاء تصدق بها على الفقراء وان شاء أنفقها على نفسه فاذا جاء صاحبها خيره بين الاجر وبين ان يضمنها له على ما ذكرنا وكذلك اذا كان غنيا جاز له أن يتصدق بها على أبيه وابنه وزوجته اذا كانوا فقراء وكل جواب عرفته فى لقطة الحل فهو الجواب فى لقطة الحرم يصنع بها ما يصنع بلقطة الحل من التعريف وغيره وهذا عندنا وعند الشافعى رحمه الله لقطة الحرم تعرف أبدا ولا يجوز الانتفاع بها بحال واحتج بما روى عن النبى عليه الصلاة والسلام أنه قال فى صفة مكة ولا تحل لقطتها الا لمنشد أى لمعرف فالمنشد المعرف والناشد الطالب وهو المالك ومعنى الحديث أنه لا تحل لقطة الحرم الا للتعريف (ولنا) ما ذكرنا من الدلائل من غير فصل بين لقطة الحل والحرم ولا حجة له فى الحديث لانا نقول بموجبه أنه لا يحل التقاطها الا

للتعريف

للتعريف وهذا حال كل لقطة الا أنه خص عليه الصلاة والسلام لقطة الحرم بذلك لما لا يوجد صاحبها عادة فتبين ان ذا لا يسقط التعريف وكذلك حكم الضالة في جميع ماوصفنا وتنفرد بحكم آخر وهو النفقة فان انفق عليها بامر القاضي يكون دينا على مالكها وان أنفق بغير اذنه يكون متطوعا فينبغي أن يرفع الامر الى القاضي ينظر في ذلك فان كانت بهيمة يحتمل الانتفاع بها بطريق الاجارة أمره بان يؤاجرها وينفق عليها من أجرتها نظرا للمالك وان كانت مما لا يحتمل الانتفاع بها بطريق الاجارة وخشي أن لو أنفق عليها أن تستغرق النفقة قيمتها أمره ببيعها وحفظ ثمنها مقامها في حكم الهلاك وان رأى الاصلح أن لا يبيعها بل ينفق عليها أمره بان ينفق عليها لكن نفقة لا تزيد على قيمتها ويكون ذلك دينا على صاحبها حتى اذا حضر يأخذ منه النفقة وله أن يحبس اللقطة بالنفقة كما يحبس المبيع بالثمن وان أبى أن يؤدي النفقة باعها القاضي ودفع اليه قدر ما أنفق والله سبحانه وتعالى أعلم

كتاب الاباق

الكلام في هذا الكتاب في مواضع في تفسير الآبق وفي بيان حاله وفي بيان مايصنع به وفي بيان حكم ماله (أما) الاول فالآبق اسم لرقيق يهرب من مولاه وأما حاله فحال اللقطة قبل الاخذ وبعده وقد ذكرنا تفاصيله في كتاب اللقطة

﴿ فصل ﴾ وأما بيان مايصنع به فنقول وبالله التوفيق اذا أخذ الآبق لصاحبه فان شاء الآخذ أمسكه على صاحبه حتى يجيء فيأخذه وان شاء ذهب به الى صاحبه فرده عليه فان أمسكه فجاء انسان وادعى أنه عبده فان أقام البينة دفعه اليه وأخذ منه كفيلا ان شاء لجواز أن يجيء آخر فيدعيه ويقيم البينة فله أن يستوثق بكفيل وان لم يكن له بينة ولكن أقر العبد بذلك دفعه اليه أيضا لانه ادعى شيأ لا ينازعه فيه أحد فيكون له ويأخذ منه كفيلا ان شاء لما قلنا وما أنفق عليه فان كان باذن القاضي يرجع به على صاحبه والا فلا لانه يكون متطوعا فان طالت المدة ولم يجيء له طالب باعه القاضي وأخذ ثمنه فحفظه على صاحبه لان ذلك حفظ له معنى فان باعه وأخذ ثمنه ثم جاء انسان وأقام البينة أنه عبده دفع الثمن اليه وليس له أن ينقض البيع لان البيع من القاضي صدر عن ولاية شرعية لانه من باب حفظ ماله اذ لو لم يبع لاتت النفقة على جميع قيمته فيضيع المال فكان بيعه حفظا له من حيث المعنى والقاضي يملك مال الغائب ولهذا يبيع مايتسارع اليه الفساد ولو زعم المدعي أنه قد كان دبره أو كاتبه لم يصدق في نقض البيع لما قلنا وينفق القاضي عليه في مدة حبسه ايام من بيت المال ثم اذا جاء صاحبه أخذ من صاحبه أو من ثمنه ان باعه لان الانفاق عليه احياء ماله فيكون عليه واذا جاء بالآبق له أن يمسكه بالجعل لانه اذا جاء به فقد استحق الجعل على مالكه فكان له حق حبسه بالجعل كما يحبس المبيع لاستيفاء الثمن ولو هلك في حال الحبس لا ضمان عليه لكن يسقط الجعل كما لا ضمان على البائع بهلاك المبيع المحبوس بالثمن لكن يسقط الثمن عن المشتري ولا يقبل كتاب القاضي الى القاضي في الرقيق في قول أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف يقبل في العبد ولا يقبل في الجارية وهذه المسئلة في كتاب القاضي في بيان شرائط قبول كتاب القاضي الى القاضي

﴿ فصل ﴾ وأما بيان حكم ماله فهو استحقاق الجعل عندنا استحسانا والكلام في الجعل في مواضع في بيان أصل الاستحقاق وفي بيان سببه وفي بيان شرطه وفي بيان ما يستحق عليه وفي بيان قدر المستحق (أما) أصل الاستحقاق فثابت عندنا استحسانا والقياس ان لا يثبت أصلا كما لا يثبت برد الضالة وقال الشافعي رحمه الله يثبت بالشرط ولا يثبت بدونه حتى لو شرط الآخذ الجعل على المالك وجب والا فلا (وجه) قول الشافعي رحمه الله أنه رد مال الغير عليه محتسبا فلا يستحق الاجر كما لو رد الضالة الا اذا شرط فيجب عليه بحكم الشرط لقوله عليه الصلاة والسلام المسلمون عند شروطهم (ولنا) مارواه محمد بن الحسن عليه الرحمة عن أبي عمرو الشيباني أنه قال كنت قاعدا عند عبد الله

ابن مسعود فجاء رجل فقال قدم فلان بإباق من القوم فقال القوم لقد أصاب أجرا فقال عبد الله رضى الله عنه وجعلا ان
شاء من كل رأس درهما ولم ينقل أنه انكر عليه منكر فيكون اجماعا ولان جعل الآبق طريق صيانة عن الضياع لانه
لا يتوصل اليه بالطلب عادة اذ ليس له مقام معلوم يطلب هناك فلو لم يأخذه لضاع ولا يؤخذ لصاحبه ويتحمل مؤنة
الاخذ والرد عليه مجانا بلا عوض عادة واذا علم أن له عليه جعلا يحمل مشقة الاخذ والرد طمعا فى الجعل فتحصل
الصيانة عن الضياع فكان استحقاق الجعل طريق صيانة الآبق عن الضياع وصيانة المال عن الضياع واجب فكان
المالك شارطا للاجر عند الاخذ والرد دلالة بخلاف الضالة لان الدابة اذا ضلت فانها ترعى فى المراعى المألوفة فيمكن
الوصول اليها بالطلب عادة فلا تضيع دون الاخذ فلا حاجة الى الصيانة بالجعل فان أخذه أحد كان فى الاخذ والرد
محتسبا فلا يستحق الاجر فهو الفرق وأما سبب استحقاق الجعل فهو الاخذ لصاحبه لانه طريق الصيانة على المالك
وهو معنى التسبب

﴿فصل﴾ وأما شرائط الاستحقاق فأنواع (منها) الرد على المالك لان الصيانة تحصل عنده وهو معنى الشرط
ان توجد العلة عند وجوده حتى لو أخذه فمات أو أبق من يده قبل الرد لا يستحق الجعل ولو أخذه فأبق من يده فأخذه
غيره فرده على المالك فالجعل للثانى ولا شئ للاول لانه لما أبق من يده فقد انفسخ ذلك السبب أو بقى ذلك سببا
محضا لانعدام شرطه وهو الرد على المالك وقد وجد السبب والشرط من الثانى فكان الاول صاحب سبب محض
والسبب المحض لا حكم له والثانى صاحب علة فيكون الجعل له ولو كان الراد واحدا والآبق اثنين فله جعلان لوجود
سبب الاستحقاق وشرطه فى كل واحد منهما ولو كان الراد اثنين والآبق واحدا فلهما جعل واحد بينهما نصفان
لاشتراكهما فى مباشرة السبب والشرط ولو كان الراد واحدا والآبق واحد أو المالك اثنين فعليهما جعل واحد على
قدر ملكيهما ولو جاء بالآبق فوجد المالك قد مات فله الجعل فى تركته لوجود الرد على المالك من حيث المعنى بالرد
على التركة ثم ان كان عليه دين محيط بماله فهو أحق بالعبد حتى يعطى الجعل لما ذكرنا وان لم يكن له مال سوى العبد يقدم
الجعل على سائر الديون فيباع العبد ويبدأ بالجعل من ثمنه ثم يقسم الباقى بين الغرماء لانه كان أحق بحبسه من بين
سائر الغرماء لاستيفاء الجعل فكان أحق بثمنه بقدر الجعل كالمرتهن هذا اذا جاء به أجنبى فوجد المالك قد مات
فأما اذا جاء به وارث الميت فوجد مورثه قد مات فله الجعل عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله اذا كان المالك حيا وقت
الاخذ وعند أبى يوسف لا جعل له وان كان حيا وقت الاخذ اذا مات قبل الوصول اليه (وجه) قوله انه فات
شرط الاستحقاق وهو الرد على المالك لانه رد على نفسه (وجه) قولهما أن المجئ به من مسيرة ثلاثة أيام مثلا فى
حال حياة المالك على قصد الرد رد على المالك فيستحق الجعل كما اذا وجده حيا ولهذا لو كان الراد أجنبيا استحق
الجعل لما قلنا كذا هذا ولو جاء به فأعتقه مولاه قبل أن يرده عليه أو باعه منه فله الجعل لما ذكرنا أن المجئ به على قصد
الرد على المالك رد عليه ويجب الجعل برد الآبق المرهون لوجود سبب الوجوب وشرطه وهو الرد على المالك الا انه
يجب على المرتهن لان منفعة الصيانة رجعت اليه ألا ترى انه لو ضاع يسقط دينه بقدر قيمته فاذا كانت المنفعة له كانت
المضرة عليه لقوله عليه الصلاة والسلام الخراج بالضمان وسواء كان الراد بالغا أو صبيا حرا أو عبدا لان الصبى من أهل
استحقاق الاجر بالعمل وكذا العبد الا أن الجعل لمولاه لانه ليس من أهل ملك المال والله سبحانه وتعالى أعلم
(ومنها) أن لا يكون الراد على المالك فى عيال المالك حتى لو كان فى عياله لا جعل له سواء كان وارثا أو أجنبيا لانه اذا
كان فى عياله كان الرد منه بمنزلة رد المالك ولانه اذا كان فى عياله كان فى الرد عليه عاملا لنفسه لان منفعة الرد تعود اليه
ومن عمل لنفسه لا يستحق الاجر على غيره والاصل أن الراد اذا كان فى عيال المالك لا جعل له كائنا ما كان وان لم
يكن فى عياله فله الجعل كائنا ما كان الا الابن يرد آبق أبيه والزوج يرد آبق زوجته انه لا جعل لهما وان لم يكونا فى عيالهما
لان الابن وان لم يكن فى عيال أبيه فالرد منه يجرى مجرى الخدمة لابيه والابن لا يستحق الاجر بخدمة أبيه لانها

مستحقة عليه ولهذا لو استأجر ابنه لخدمته لا يستحق الاجر بخلاف الاب مع ما أن الاولاد في العادات يحفظون أموال الآباء لطمع الانتفاع بها بطريق الارث فكان راداً عبد نفسه معنى اذ كان بالرد عاملا لنفسه فلا يستحق الاجر وكذلك الزوج اذا رد عبد زوجته فقد رد عبد نفسه معنى لانه ينتفع بمالها عادة وكذلك لا تقبل شهادة كل واحد منهما للآخر فلا يستحق الجعل (وأما) الاب اذا رد عبد ابنه فان كان في عياله لا جعل له لان الاجنبي الذي في عياله لا جعل له فالقرابة أولى وان لم يكن في عياله فله الجعل لان الاب لا يستخدم طبعا وشرعا وعقلا ولهذا لو خدم بالاجر وجب الاجر فلا يمكن حمله على الخدمة فيحمل على طلب الاجر وكذا الآباء لا يحفظون أموال الاولاد للانتفاع بها بطريق الارث لان موتهم يتقدم موت الاولاد عادة فلم يتحقق معنى الرد والعمل لنفسه لذلك افترق الامران وعلى هذا سائر ذوي الارحام من الاخ والعم والخال وغيرهم أن الراد ان كان في عيال المالك لا جعل له لما قلنا وان لم يكن في عياله فله الجعل وعلى هذا الوصي اذا رد عبد اليتيم لا جعل له لان اليتيم في عياله وحفظ ماله مستحق عليه فلا يستحق الجعل على الرد وكذا عبد الوصي اذا رد عبد اليتيم لان رد عبده كرده (ومنها) أن يكون المردود مرقوقا مطلقا كالقن والمدبر وأم الولد حتى لو كان مكاتبا لا جعل له لانه ليس بمرقوق على الاطلاق بل هو فيما يرجع الى مكاسبه حر ولهذا لم يتناوله مطلق اسم المملوك في قول الرجل كل مملوك لي حر الا بالنية بخلاف المدبر وأم الولد ولان استحقاق الجعل معلول بالصيانة عن الضياع ولا حاجة الى الصيانة في المكاتب لانه لا يهرب عادة لان العقد في جانبه غير لازم فلو لم يقدر على بدل الكتابة يعجز نفسه بالاباء عن الكسب بخلاف المدبر وأم الولد لانهما يستخدمان عادة فلعلهما يكلفان ما لا يطيقان فيحملهما ذلك على الهرب فتقع الحاجة الى الصيانة بالجعل كما في القن الا أن الفرق بينهما وبين القن انه اذا جاء بالقن وقد مات المولى قبل أن يصل اليه فله الجعل وان جاء بالمدبر وأم الولد وقد مات المولى قبل الوصول اليه لا جعل له (ووجه) الفرق ظاهر لانهما يعتقان بموت السيد فلم يوجد رد المرقوق أصلا فلا يستحق الجعل بخلاف القن والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان من يستحق عليه فالمستحق عليه هو المالك اذا أبق من يده لان الجعل مؤنة الرد ومنفعة الرد عائدة الى المالك فكانت المؤنة عليه ليكون الخراج بالضمان ولو أبق عبد الرهن من يد المرتهن فالجعل عليه لان منفعة الرد تعود اليه باعتبار الحبس الذي هو وسيلة الى استيفاء الدين فان كان في قيمة العبد فضل على الدين يجب بقدر الدين على المرتهن والزيادة على الراهن والله عز وجل أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان قدر المستحق فينظر ان رده من مسيرة ثلاثة أيام فصاعدا فله أربعون درهما لما روينا من حديث عبد الله بن مسعود رضي الله عنهما وان رده دون ذلك فبحسابه وان رده من أقصى المصر رضخ له على قدر عنائه وتعبه لان الواجب بمقابلة العمل فيتقدر بقدره الا أن الزيادة على مدة السفر سقط اعتبارها بالشرع فيبقى الواجب في المدة بمقابلة العمل فيزداد بزيادته وينقص بنقصانه هذا اذا كانت قيمة العبد أكثر من الجعل فان كانت مثل الجعل أو أنقص منه ينقص من قيمته درهم عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف له الجعل تاما وان كانت قيمة العبد درهما واحدا واحتج بما روينا عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنهما أنه قال من كل رأس أربعين درهما اعتبر الرأس دون القيمة (وجه) قولهما ان الواجب معلول بمعنى الصيانة عن الضياع لما ذكرنا ولا فائدة في هذه الصيانة لو اعتبرنا الرأس دون القيمة لانه ان كان يصان من وجه يضيع من وجه آخر فلا فرق بين الضياع بترك الاخذ والامساك وبين الضياع بالجعل فلا بد أن ينقص من قيمته درهم ليكون الصون بالاخذ مفيدا والحديث محمول على ما اذا كانت قيمة كل رأس أكثر من أربعين درهما توفيقا بين الدلائل بقدر الامكان والله عز وجل أعلم

كتاب السباق

الكلام فى هذا الكتاب فى موضعين فى تفسير السباق وفى بيان شرائط جوازه (أما) الاول فالسباق فعال من السبق وهو أن يسابق الرجل صاحبه فى الخيل أو الابل ونحو ذلك فيقول ان سبقتك فكذا أو ان سبقتنى فكذا ويسمى أيضا رهانا فعالا من الرهن

﴿فصل﴾ وأما شرائط جوازه فأنواع (منها) أن يكون فى الانواع الاربعة الحافر والخف والنصل والقدم لا فى غيرها لما روى عليه الصلاة والسلام انه قال لا سبق الا فى خف أو حافر أو نصال الا انه زيد عليه السبق فى القدم بحديث سيدتنا عائشة رضى الله عنها فقيما وراءه بقى على أصل النفى ولانه لعب واللعب حرام فى الاصل الا أن اللعب بهذه الاشياء صار مستثنى من التحريم شرعا لقوله عليه الصلاة والسلام كل لعب حرام الا ملاعبة الرجل امرأته وقوسه وفرسه حرم عليه الصلاة والسلام كل لعب واستثنى الملاعبة بهذه الاشياء المخصوصة فبقيت الملاعبة بما وراءها على أصل التحريم اذ الاستثناء تكلم بالباقى بعد الثنيا وكذا المسابقة بالخف صارت مستثناة من الحديث وبما روى عن سعيد بن المسيب انه قال ان العضباء ناقة رسول الله صلى الله عليه وسلم كانت تسبق كلما دفعت فى سباق فدفعت يوما فى ابل فسبقت فكانت على المسلمين كآبة اذ سبقت فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان الناس اذا رفعوا شيأ أو أرادوا رفع شئ وضعه الله وكذا السبق بالقدم لما روت سيدتنا عائشة رضى الله عنها انها قالت سابقت النبى عليه الصلاة والسلام فسبقته فلما حملت اللحم سابقته فسبقنى فقلت هذا بتلك فصارت هذه الانواع مستثناة من التحريم فبقى ما وراءها على أصل الحرمة ولان الاستثناء يحتمل أن يكون لمعنى لا يوجد فى غيرها وهو الرياضة والاستعداد لاسباب الجهاد فى الجملة فكانت لعبا صورة ورياضة وتعلم أسباب الجهاد فيكون جائزا اذا استجمع شرائط الجواز ولئن كان لعبا لكن اللعب اذا تعلقت به عاقبة حميدة لا يكون حراما ولهذا استثنى ملاعبة الاهل لتعلق عاقبة حميدة بها وهو انبعاث الشهوة الداعية الى الوطء الذى هو سبب التوالد والتناسل والسكنى وغير ذلك من العواقب الحميدة وهذا المعنى لا يوجد فى غير هذه الاشياء فلم يكن فى معنى المستثنى فبقى تحت المستثنى (ومنها) أن يكون الخطر فيه من أحد الجانبين الا اذا وجد فيه محللا حتى لو كان الخطر من الجانبين جميعا ولم يدخلا فيه محللا لا يجوز لانه فى معنى القمار نحو أن يقول أحدهما لصاحبه ان سبقتنى فلك على كذا وان سبقتك فلى عليك كذا فقبل الآخر ولو قال أحدهما لصاحبه ان سبقتنى فلك على كذا وان سبقتك فلا شئ عليك فهو جائز لان الخطر اذا كان من أحد الجانبين لا يحتمل القمار فيحمل على التحريض على استعداد أسباب الجهاد فى الجملة بمال نفسه وذلك مشروع كالتنفيل من الامام بل أولى لان هذا يتصرف فى مال نفسه بالبدل والامام بالتنفيل يتصرف فيما لغيره فيه حق فى الجملة وهو الغنيمة فلما جاز ذلك فهذا بالجواز أولى وكذلك اذا كان الخطر من الجانبين ولكن أدخلا فيه محللا بأن كانوا ثلاثة لكن الخطر من الاثنين منهم ولا خطر من الثالث بل ان سبق أخذ الخطر وان لم يسبق لا يغرم شيأ فهذا مما لا بأس به أيضا وكذلك ما يفعله السلاطين وهو أن يقول السلطان لرجلين من سبق منكما فله كذا فهو جائز لما بينا ان ذلك من باب التحريض على استعداد أسباب الجهاد خصوصا من السلطان فكانت ملحقة بأسباب الجهاد ثم الامام اذا حرض واحدا من الغزاة على الجهاد بأن قال من دخل هذا الحصن أولا فله من النفل كذا ونحوه جاز كذا هذا بل أولى لما بينا (ومنها) أن تكون المسابقة فيما يحتمل أن يسبق ويسبق من الاشياء الاربعة حتى لو كانت فيما يعلم انه يسبق غالبا لا يجوز لان معنى التحريض فى هذه الصورة لا يتحقق فبقى الرهان التزام المال بشرط لا منفعة فيه فيكون عبثا ولعبا والله تعالى أعلم

﴿ كتاب الوديعة ﴾

الكلام فى هذا الكتاب يقع فى مواضع فى بيان ركن العقد وفى بيان شرائط الركن وفى بيان حكم العقد وفى بيان حال المعقود عليه وفى بيان ما يوجب تغير حاله (أما) ركنه فهو الايجاب والقبول وهو أن يقول لغيره أودعتك هذا الشيء أواحفظ هذا الشيء لى أو خذ هذا الشيء وديعة عندك وما يجرى مجراه ويقبله الآخر فاذا وجد ذلك فقد تم عقد الوديعة

﴿ فصل ﴾ وأما شرائط الركن فأنواع (منها) عقل المودع فلا يصح الايداع من المجنون والصبى الذى لا يعقل لان العقل شرط أهلية التصرفات الشرعية (وأما) بلوغه فليس بشرط عندنا حتى يصح الايداع من الصبى المأذون لان ذلك مما يحتاج اليه التاجر فكان من توابع التجارة فيملكه الصبى المأذون كما يملك التجارة وعند الشافعى رحمه الله لا يملك التجارة فلا يملك توابعها على ما نذكر فى كتاب المأذون وكذا حريته ليست بشرط فيملك العبد المأذون الايداع لما قلنا فى الصبى المأذون (ومنها) عقل المودع فلا يصح قبول الوديعة من المجنون والصبى الذى لا يعقل لان حكم هذا العقد هو لزوم الحفظ ومن لا عقل له لا يكون من أهل الحفظ (وأما) بلوغه فليس بشرط حتى يصح قبول الوديعة من الصبى المأذون لانه من أهل الحفظ ألا ترى انه أذن له الولى ولو لم يكن من أهل الحفظ لكان الاذن له سفها (وأما) الصبى المحجور عليه فلا يصح قبول الوديعة منه لانه لا يحفظ المال عادة ألا ترى انه منع منه ماله ولو قبل الوديعة فاستهلكها فان كانت الوديعة عبدا أو أمة يضمن بالاجماع وان كانت سواهما فان قبلها باذن الولى فكذلك وان قبلها بغير اذنه لا ضمان عليه عند أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف يضمن (وجه) قوله أن ايداعه لو صح فاستهلاك الوديعة يوجب الضمان وان لم يصح جعل كأنه لم يكن فصار الحال بعد العقد كالحال قبله ولو استهلكها قبل العقد لوجب عليه الضمان اذا كانت الوديعة عبدا أو أمة (وجه) قولهما أن إيداع الصبى المحجور اهلاك للمال معنى فكان فعل الصبى اهلاك مال قائم صورة لا معنى فلا يكون مضمونا عليه ودلالة ما قلنا انه لما وضع المال فى يده فقد وضع فى يد من لا يحفظه عادة ولا يلزمه الحفظ شرعا ولا شك انه لا يجب عليه حفظ الوديعة شرعا لان الصبى ليس من أهل وجوب الشرائع عليه والدليل على انه لا يحفظ الوديعة عادة انه منع عنه ماله ولو كان يحفظ المال عادة لدفع اليه قال الله تبارك وتعالى فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم أموالهم وبهذا فارق المأذون لانه يحفظ المال عادة ألا ترى انه دفع اليه ماله ولو لم يوجد منه الحفظ عادة لكان الدفع اليه سفها بخلاف ما اذا كانت الوديعة عبداً أو أمة لان هناك لا يجب عليه ضمان المال أيضا وانما يجب عليه ضمان الدم لان الضمان الواجب بقتل العبد ضمان الآدمى لا ضمان المال والعبد من حيث انه آدمى قائم من كل وجه قبل الايداع وبعده فهو الفرق وكذلك حرية المودع ليست بشرط لصحة العقد حتى يصح القبول من العبد المأذون ويترتب عليه أحكام العقد لانه يحتاج الى الايداع والاستيداع على ما نذكر فى كتاب المأذون (وأما) العبد المحجور فلا يصح منه القبول لانه لا يحفظ المال عادة ولو قبلها فاستهلكها فان كانت عبداً أو أمة يؤمر المولى بالدفع أو الفداء وان كانت سواهما فان قبلها باذن وليه يضمن بالاجماع وان قبلها بغير اذن وليه لا يؤاخذ به فى الحال عند أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف يؤاخذ به فى الحال والكلام فى الطرفين على حسب ما ذكرنا فى الصبى المحجور

﴿ فصل ﴾ وأما بيان حكم العقد فحكمه لزوم الحفظ للمالك لان الايداع من جانب المالك استحفاظ ومن جانب المودع التزام الحفظ وهو من أهل الالتزام فيلزمه لقوله عليه الصلاة والسلام المسلمون عند شروطهم والكلام فى الحفظ فى موضعين أحدهما فيما يحفظ به والثانى فيما فيه يحفظ (أما) الاول فالاستحفاظ لا يخلو من أن يكون مطلقا أو مقيداً فان كان مطلقا فللمودع أن يحفظ بيد نفسه ومن هو فى عياله وهو الذى يسكن معه ويمونه فيكفيه

طعامه وشرابه وكسوته كائنا من كان قريبا أو اجنبيا من ولده وامرأته وخدمه وأجيره لا الذى استأجره بالدراهم والدنانير وبيد من ليس فى عياله ممن يحفظ ماله بنفسه عادة كشريكه المفاوض والعنان وعبده المأذون وعبده المعزول عن بيته هذا عندنا وقال الشافعى رحمه الله ليس له أن يحفظ الا بيد نفسه الا أن يستعين بغيره من غير أن يغيب عن عينه حتى لو فعل يدخل فى ضمانه (وجه) قوله أن العقد تناوله دون غيره فلا يملك الايداع من غيره كما لا يملك الايداع سائر الاجانب (ولنا) أن الملتزم بالعقد هو الحفظ والانسان لا يلتزم بحفظ مال غيره عادة الا بما يحفظ به مال نفسه وانه يحفظ مال نفسه بيده مرة و بيد هؤلاء أخرى فله أن يحفظ الوديعة بيدهم أيضاً فكان الحفظ بايديهم داخلا تحت العقد دلالة وكذا له ان يرد الوديعة على أيديهم حتى لو هلكت قبل الوصول الى المالك لا ضمان عليه لان يدهم يد المودع معنى فما دام المال فى أيديهم كان محفوظا بحفظه وليس له أن يدفع الوديعة الى غيرهم الا لعذر حتى لو دفع تدخل فى ضمانه لان المالك ما رضى بيده الا يرى انه لا يرضى مال نفسه بيده فاذا دفع فقد صار مخالفا فتدخل الوديعة فى ضمانه الا اذا كان عن عذر بان وقع فى داره حريق أو كان فى السفينة فخاف الغرق فدفعه الى غيره لان الدفع اليه فى هذه الحالة تعين طريقا للحفظ فكان الدفع باذن المالك دلالة فلا يضمن فلو اراد السفر فليس له أن يودع لان السفر ليس بعذر ولو أودعها عند من ليس له أن يودعه فضاعت فى يد الثانى فالضمان على الاول لا على الثانى عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف ومحمد المالك بالخيار ان شاء ضمن الاول وان شاء ضمن الثانى فان ضمن الاول لا يرجع بالضمان على الثانى وان ضمن الثانى يرجع به على الاول (وجه) قولهما انه وجد من كل واحد منهما سبب وجوب الضمان أما الاول فلانه دفع مال الغير الى غيره بغير اذنه وأما الثانى فلانه قبض مال الغير بغير اذنه وكل واحد منهما سبب لوجوب الضمان فيخير المالك ان شاء ضمن الاول وان شاء ضمن الثانى كمودع الغاصب مع الغاصب غير انه ان ضمن الاول لا يرجع بالضمان على الثانى لانه ملك الوديعة باداء الضمان فتبين انه أودع ماله نفسه اياه فهذا مودع هلكت الوديعة فى يده فلا شئ عليه وان ضمن الثانى يرجع بالضمان على الاول لان الاول غره بالايداع فيلزمه ضمان الغرور كانه كفل عنه بما يلزمه من العهدة فى هذا العقد اذ ضمان الغرور ضمان كفالة لما علم (وجه) قول أبى حنيفة ان يد المودع الثانى ليست بيد ممانعة بل هى يد حفظ وصيانة الوديعة عن اسباب الهلاك فلا يصلح ان يكون سبباً لوجوب الضمان لانه من باب الاحسان الى المالك قال الله تعالى جل شأنه ما على المحسنين من سبيل وكان ينبغى ان لا يجب الضمان على الاول ايضاً لان الايداع منه مباشرة سبب الصيانة والحفظ له فكان محسناً فيه الا انه صار مخصوصاً عن النص فبقى المودع الثانى على ظاهره ولو أودع غيره وادعى انه فعل عن عذر لا يصدق على ذلك الا ببينة عند أبى يوسف وهو قياس قول أبى حنيفة رحمه الله كذا ذكر الشيخ القدورى رحمه الله لان الدفع الى غيره سبب لوجوب الضمان فى الاصل فدعوى الضرورة دعوى أمر عارض يريد به دفع الضمان عن نفسه فلا يصدق الا بحجة هذا اذا هلكت الوديعة فى يد المودع الثانى فاما اذا استهلكها فالمالك بالخيار ان شاء ضمن الاول وان شاء ضمن الثانى بالاجماع غير انه ان ضمن الاول يرجع بالضمان على الثانى وان ضمن الثانى لا يرجع بالضمان على الاول لان سبب وجوب الضمان وجد من الثانى حقيقة وهو الاستهلاك لوقوعه اعجازاً للمالك عن الانتفاع بماله على طريق القهر ولم يوجد من الاول الا الدفع الى الثانى على طريق الاستحفاظ دون الاعجاز الا انه ألحق ذلك بالاعجاز شرعاً فى حق اختيار التضمين صورة لانه باشر سبب الاعجاز فكان الضمان فى الحقيقة على الثانى لان اقرار الضمان عليه لذلك لم يرجع الاول على الثانى ولم يرجع الثانى على الاول بخلاف مودع الغاصب اذا هلك المغصوب فى يده ان المالك يتخير بين ان يضمن الغاصب أو يضمن المودع فان ضمن الغاصب لا يرجع بالضمان على المودع وان ضمن المودع يرجع به على الغاصب وقد تقدم الفرق وعلى هذا اذا أودع رجل من رجلين مالا فان كان محتملا للقسمة اقتسماه وحفظ كل واحد منهما نصفه لانه لما أودعه من رجلين فقد استحفظهما جميعاً فلا بد وان تكون الوديعة فى حفظهما جميعاً ولا تتحقق الا بالقسمة ليكون النصف فى يد هذا والنصف فى يد ذاك

والمحل

والمحل محتمل للقسمة فيقتسمان نصفين ولو سلم أحدهما النصف الى صاحبه فضاعت فمن المسلم نصف الوديعة عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد لا يضمن القابض شيئاً بالاجماع ولو كانت الوديعة مما لا يحتمل القسمة فلكل واحد منهما ان يسلم الكل الى صاحبه واذا فعل فضاعت لا ضمان عليه بالاجماع وجه قولهما ان المالك لما استحفظها فقد رضى بيد كل واحد منهما على كل الوديعة كما اذا لم تكن الوديعة محتملة للقسمة (وجه) قول أبي حنيفة ان المالك استحفظ كل واحد منهما في بعض الوديعة لا في كلها فكان راضياً بثبوت يد كل واحد منهما على البعض دون الكل وهذا لما ذكرنا انه لما استحفظهما جميعاً فلا بد ان يكون المال في حفظهما جميعاً ولا يمكن ان يكون كله في يد كل واحد منهما للاستحالة فيقسم ليكون النصف في يد أحدهما والنصف في يد الآخر فاذا كان المحل محتملا للقسمة لم يكن راضياً بكون الكل في يد أحدهما فاذا فعل فقد خالفه فدخل في ضمانه فاذا ضاع ضمن بخلاف ما اذا لم يكن محتملا للقسمة لانه اذا لم يحتمل تعذر ان يكون كله في حفظ كل واحد منهما على التوزيع في زمان واحد فكان راضياً بكونه في يد كل واحد منهما في زمانين على التهايؤ فلم يصر مخالفاً بالدفع فهو الفرق وعلى هذا الخلاف الذي ذكرنا المرتهنان والوكيلان بالشراء اذا كان المرهون والمشترى مما يحتمل القسمة فسلمه أحدهما الى صاحبه وأما الثاني وهو الكلام فيما فيه تحفظ الوديعة فان كان العقد مطلقاً فله ان يحفظها فيما يحفظ فيه مال نفسه من داره وحانوته وكيسه وصندوقه لانه ما التزم حفظها الا فيما يحفظ فيه مال نفسه وليس له ان يحفظ في حرز غيره لان حرز غيره في يد ذلك الغير ولا يملك الحفظ بيده فلا يملكه بما في يده أيضاً الا اذا استأجر حرزاً لنفسه فله ان يحفظ فيه لان الحرز في يده فما في الحرز يكون في يده أيضاً فكان حافظاً بيد نفسه فملك ذلك وله ان يحفظ الحضر والسفر بان يسافر بها عند أبي حنيفة سواء كان للوديعة حمل ومؤنة أو لم يكن وعند أبي يوسف ومحمد ان كان لها حمل ومؤنة لا يملك المسافرة بها وان لم يكن يملك وعند الشافعي رحمه الله لا يملك كيف ما كان أما الكلام مع الشافعي رحمه الله فوجه قوله ان المسافرة بالوديعة تضييع المال لان المفازة مضيعة قال النبي عليه أفضل التحية المسافر وماله على قلب الا ما وقى الله فكان التحويل اليها تضييعاً فلا يملكه المودع (ولنا) ان الامر بالحفظ صدر مطلقاً عن تعيين المكان فلا يجوز التعيين الا بدليل قوله المفازة مضيعة قلنا ممنوع او نقول اذا كان الطريق مخوفاً أما اذا كان أمناً فلا والكلام فيما اذا كان الطريق أمناً والحديث محمول على ابتداء الاسلام حين كانت الغلبة للكفرة وكانت الطريق مخوفة ونحن به نقول وأما الكلام مع أصحابنا رضى الله عنهم فوجه قولهما ان في المسافرة بما له حمل ومؤنة ضرراً بالمالك لجواز ان يموت المودع في السفر فيحتاج الى الاسترداد من موضع لا يمكنه ذلك الا بحمل ومؤنة عظيمة فيتضرر به ولا كذلك اذا لم يكن لها حمل ومؤنة ولابي حنيفة على نحو ما ذكرنا مع الشافعي رحمه الله ان الامر بالحفظ لا يتعرض لمكان دون مكان ولا يجوز تقييد المطلق من غير دليل قولهما فيه ضرر قلنا هذا النوع من الضرر ليس بغالب فلا يجب دفعه على انه ان كان فهو الذي أضر بنفسه حيث أطلق الامر ومن لم ينظر لنفسه لا ينظر له هذا اذا كان العقد مطلقاً عن شرط في الفصلين جميعاً فاما اذا شرط فيه شرطا نظر فيه ان كان شرطا يمكن اعتباره ويفيد اعتبر والا فلا بيان ذلك اذا أمره بالحفظ وشرط عليه ان يمسكها بيده ليلا ونهاراً ولا يضعها فالشرط باطل حتى لو وضعها في بيته أو فيما يحرز فيه ماله عادة فضاعت لا ضمان عليه لان امساك الوديعة بيده بحيث لا يضعها أصلا غير مقدور له عادة فكان شرطاً لا يمكن مراعاته فيلغو ولو امره بالحفظ ونهاه ان يدفعها الى امرأته أو عبده أو ولده الذي هو في عياله أو من يحفظ مال نفسه بيده عادة نظر فيه ان كان لا يجد بداً من الدفع اليه له ان يدفع لانه اذا لم يجد بداً من الدفع اليه كان النهي عن الدفع اليه نهياً عن الحفظ فكان سفهاً فلا يصح نهيه وان كان يجد بداً من الدفع اليه ليس له ان يدفع ولو دفع يدخل في ضمانه لانه اذا كان له منه بد في الدفع اليه أمكن اعتبار الشرط وهو مفيد لان الايدي في الحفظ متفاوتة والاصل في الشروط اعتبارها ما أمكن ولو قال لا تخرجها من الكوفة فخرج بها تدخل في ضمانه لانه شرط يمكن اعتباره وهو مفيد

لان الحفظ فى المصر أكمل من الحفظ فى السفر اذ السفر موضع الخطر الا اذا خاف التلف عليها فاضطر الى الخروج بها فخرج لا تدخل فى ضمانه لان الخروج بها فى هذه الحالة طريق متعين للحفظ كما اذا وقع فى داره حريق أو كان فى سفينة فخاف الغرق فدفعها الى غيره ولو قال له احفظ الوديعة فى دارك هذه فحفظها فى دار له أخرى فان كانت الداران فى الحرز سواء أو كانت الثانية أحرز لا تدخل فى ضمانه لان التقييد غير مفيد وان كانت الاولى أحرز من الثانية دخلت فى ضمانه لان التقييد به عند تفاوت الحرز مفيد وكذلك لو أمره ان يضعها فى داره فى هذه القرية ونهاه عن ان يضعها فى داره فى قرية أخرى فهو على هذا التفصيل ولو قال له اخبأها فى هذا البيت وأشار الى بيت معين فى داره فخبأها فى بيت آخر فى تلك الدار لا تدخل فى ضمانه لان البيتين من دار واحدة لا يختلفان فى الحرز عادة بخلاف الدارين فلا يكون التعيين مفيداً حتى لو تفاوتا بان كان الاول أحرز من الثانى تدخل فى ضمانه والاصل المحفوظ فى هذا الباب ماذكرنا ان كل شرط يمكن مراعاته ويفيد فهو معتبر وكل شرط لا يمكن مراعاته ولا يفيد فهو هدر وهذا عندنا وعند الشافعى رحمه الله تجب مراعاة الشروط فى المواضع كلها حتى ان المأمور بالحفظ فى بيت معين لا يملك الحفظ فى بيت آخر من دار واحدة وجه قوله ان الاصل اعتبار تصرف العاقل على الوجه الذى أوقعه فلا يترك هذا الاصل الا لضرورة ولم توجد وصار كالدارين والجواب نعم اذا تعلقت به عاقبة حميدة فاما اذا خرج مخرج السفه والعبث فلا لان التعيين عند انعدام التفاوت فى الحرز يجرى مجرى العبث كما اذا قال احفظ بيمينك ولا تحفظ بشمالك أو احفظ فى هذه الزاوية من البيت ولا تحفظ فى الزاوية الاخرى فلا يصح التعيين لانعدام الفائدة حتى لو تفاوتا فى الحرز يصح بخلاف الدارين والاصل فى الدارين اختلاف الحرز فكان التعيين مفيداً حتى لو لم يختلف فالجواب فيهما كالجواب فى البيتين على مامر

﴿ فصل ﴾ وأما بيان حال الوديعة فحالها انها فى يد المودع أمانة لان المودع مؤتمن فكانت الوديعة أمانة فى يده ويتعلق بكونها أمانة أحكام منها وجوب الرد عند طلب المالك لقوله تعالى جل شأنه ان الله يأمركم ان تؤدوا الامانات الى أهلها حتى لو حبسها بعد الطلب فضاعت ضمن هذا اذا كانت الوديعة لرجل واحد فاما اذا كانت مشاعاً لرجلين فجاء أحدهما وطلب حصته لا يجب عليه الرد بأن أودع رجلان رجلا وديعة دراهم أو دنانير او ثيابا وغاب ثم جاء أحدهما وطلب بعضها وأبى المستودع ذلك لم يأمره القاضى بدفع شئ اليه ما لم يحضر الغائب عند أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد يقسم ذلك ويدفع اليه حصته ولا يكون ذلك قسمة جائزة على الغائب بلا خلاف حتى لو هلك الباقى فى يد المودع ثم جاء الغائب له ان يشارك صاحبه فى المقبوض عندهم جميعا ولو هلك المقبوض فى يد القابض ثم جاء الغائب فليس للقابض ان يشارك صاحبه فى الباقى وجه قولهما ان الآخذ بأخذ حصته متصرف فى ملك نفسه فكان له ذلك من غير حضرة الغائب كما اذا كان لرجلين دين مشترك على رجل فجاء أحدهما وطلب حصته من الدين فانه يدفع اليه حصته لما قلنا كذا هذا (وجه) قول أبى حنيفة ان المودع لو دفع شيأ الى الشريك الحاضر لا يخلو اما ان يدفع اليه من النصيبين جميعا واما أن يدفع اليه من نصيبه خاصة لا وجه الى الاول لان دفع نصيب الغائب اليه ممتنع شرعا ولا سبيل الى الثانى لان نصيبه شائع فى كل الالف لكون الالف مشتركة بينهما ولا تتميز الا بالقسمة والقسمة على الغائب غير جائزة ولو سلمنا ذلك حتى قالا اذا جاء الغائب وقد هلك الباقى له ان يشارك القابض فى المقبوض ولو نفذت القسمة لما شاركه فيه لتميز حقه عن حق صاحبه بالقسمة والقياس على الدين المشترك غير سديد لان الغريم يدفع نصيب أحد الشريكين بدفع مال نفسه لا مال شريكه الغائب وهنا يدفع مال الغائب بغير اذنه فلا يستقيم القياس ولو كان فى يده الف درهم فجاءه رجلان وادعى كل واحد منهما انه أودعه اياها فقال المودع أودعها أحدكما ولست أدرى أيكما هو فهذا فى الاصل لا يخلو من احد وجهين اما ان اصطلح المتداعيان على ان يأخذا الالف وتكون بينهما واما ان لم يصطلحا وادعى كل واحد منهما ان الالف له خاصة لا لصاحبه فان اصطلحا على ذلك فلهما ذلك وليس للمودع ان يمتنع عن تسليم الالف اليهما لانه أقر ان الالف لاحدهما واذا اصطلحا على انها تكون بينهما لا يمنعان عن ذلك وليس لهما ان يستحلفا

المودع

المودع بعد الصلح وان لم يصطلحا وادعى كل واحد منهما ان الالف له لا يدفع الى أحدهما شيأ لجهالة المقر له بالوديعة ولكل واحد منهما ان يستحلف المودع فان استحلفه كل واحد منهما فالامر لا يخلو اما أن يحلف لكل واحد منهما واما أن ينكل لكل واحد منهما واما ان يحلف لاحدهما و ينكل للآخر فان حلف لهما فقد انقطعت خصومتهما للحال الى وقت اقامة البينة كما فى سائر الاحكام وهل يملكان الاصطلاح على أخذ الالف بينهما بعد الاستحلاف فهو على الاختلاف المعروف بين أبى حنيفة وأبى يوسف و بين محمد على قولهما لا يملكان وعلى قول محمد يملكان وهى مسئلة الصلح بعد الحلف وقد مرت فى كتاب الصلح وان نكل لهما يقضى بالالف بينهما نصفين و يضمن الفا أخرى بينهما فيحصل لكل واحد منهما الف كاملة لان كل واحد منهما يدعى ان كل الالف له فاذا نكل له والنكول بذل أو اقرار فكانه بذل لكل واحد منهما الفا أو أقر لكل واحد منهما بألف فيقضى عليه بينهما بألف و يضمن أيضا الفا أخرى تكون بينهما ليحصل لكل واحد منهما الف كاملة ولو حلف لاحدهما ونكل للآخر قضى بالالف للذى نكل له ولا شىء للذى حلف له لان النكول حجة من نكل له لا حجة من حلف له ومنها وجوب الاداء الى المالك لان الله أمر باداء الامانات الى أهلها وأهلها مالكها حتى لو ردها الى منزل المالك فجعلها فيه أو دفعها الى من هو فى عيال المالك دخلت فى ضمانه حتى لو ضاعت يضمن بخلاف العارية فان المستعير لو جاء بمتاع العارية وألقاها فى دار المعير أو جاء بالدابة فادخلها فى اصطبله كان ردا صحيحا لان ظاهر النص الذى تلونا أن لا يصح الا انها صارت مخصوصة عن عموم الآيات فبقيت الوديعة على ظاهره ولان القياس فى الموضعين ما ذكرنا من لزوم الرد الى المالك الا انا استحسنا فى العارية للعادة الجارية فيها بردها الى بيت المالك أو بدفعها الى من فى عياله حتى لو كانت العارية شيأ نفيسا كعقد جوهر ونحو ذلك لا يصح الرد لانعدام جريان العادة بذلك فى الاشياء النفيسة ولم تجر به العادة فى مال الوديعة فتبقى على أصل القياس ولان مبنى الايداع على الستر والاخفاء عادة فان الانسان انما يودع مال غيره سرا عن الناس لما يتعلق به من المصلحة فلو رده على غير المالك لانكشف اذ السر اذا جاوز اثنين يفشو فيفوت المعنى المجعول له الايداع بخلاف العارية لان مبناها على الاعلان والاظهار لانها شرعت لحاجة المستعير الى استعمالها فى حوائجه ولا يمكنه الاستعمال سرا عن الناس عادة والرد الى غير المالك لا يفوت ما شرع له العارية فهو الفرق ومنها انه اذا ضاعت فى يد المودع بغير صنعه لا يضمن لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال ليس على المستعير غير المغل الضمان ولا على المستودع غير المغل الضمان ولان يده يد المالك فالهلاك فى يده كالهلاك فى يد المالك وكذلك اذا دخلها نقص لان النقصان هلاك بعض الوديعة وهلاك الكل لا يوجب الضمان فهلاك البعض أولى ومنها ان المودع مع المودع اذا اختلفا فقال المودع هلكت أو قال رددتها اليك وقال المالك بل استهلكتها فالقول قول المودع لان المالك يدعى على الامين أمرا عارضا وهو التعدى والمودع مستصحب لحال الامانة فكان متمسكا بالاصل فكان القول قوله لكن مع اليمين لان التهمة قائمة فيستحلف دفعا للتهمة وكذلك اذا قال المودع استهلكت من غير اذنى وقال المودع بل استهلكتها أنت أو غيرك بأمرك أن القول قول المودع لما قلنا ولو قال انها قد ضاعت ثم قال بعد ذلك بل كنت رددتها اليك لكنى أوهمت لم يصدق وهو ضامن لانه نفى الرد بدعوى الهلاك ونفى الهلاك بدعوى الرد فصار نافيا ما أثبته مثبتا ما نفاه وهذا تناقض فلا تسمع منه دعوى الضياع والرد لان المناقض لا قول له ولانه لما ادعى دعوتين وأكذب نفسه فى كل واحدة منهما فقد ذهبت أمانته فلا يقبل قوله

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما يغير حال المعقود عليه من الامانة الى الضمان فانواع منها ترك الحفظ لانه بالعقد التزم حفظ الوديعة على وجه لو ترك حفظها حتى هلكت يضمن بدلها وذلك بطريق الكفالة ولهذا لو رأى انسانا يسرق الوديعة وهو قادر على منعه ضمن لترك الحفظ الملتزم بالعقد وهو معنى قول مشايخنا ان المودع يؤخذ بضمان العقد ومنها ترك الحفظ للمالك بان خالفه فى الوديعة بان كانت الوديعة ثوبا فلبسه أو دابة فركبها أو عبدا فاستعمله أو أودعها من ليس فى

عياله ولا هو ممن يحفظ ماله بيده عادة لان الملتزم بالعقد هو الحفظ للمالك فاذا حفظ لنفسه فقد ترك الحفظ للمالك
فدخلت فى ضمانه وحكى عن الفقيه أبى جعفر الهندوانى انه منع دخول العين فى ضمانه فى المناظرة حين قدم بخارى
وسئل عن هذه المسألة وهذا خلاف اطلاق الكتاب فانه قال يبرأ عن الضمان والبراءة عن الضمان بعد الدخول فى
الضمان تكون وكذلك المودع مع المودع اذا اختلفا فقال المودع هلكت الوديعة أو رددتها اليك وقال المالك
استهلكتها ان كان قبل الخلاف فالقول قول المودع وان كان بعده فالقول قول المالك ونحو ذلك مما يدل على دخول
الوديعة فى ضمانه بالخلاف وان خالف فى الوديعة ثم عاد الى الوفاق يبرأ عن الضمان عند علمائنا الثلاثة وعند زفر والشافعى
لا يبرأ عن الضمان وجه قولهما ان الوديعة لما دخلت فى ضمان المودع بالخلاف فقد ارتفع العقد فلا يعود الا بالتجديد ولم
يوجد فصار كما لو جحد الوديعة ثم أقر بها وكذلك المستعير والمستأجر اذا خالفا ثم عادا الى الوفاق لا يبرآن عن الضمان
لما قلنا كذا هذا ولنا انه بعد الخلاف مودع والمودع اذا هلكت الوديعة من غير صنعه لا ضمان عليه كما قبل الخلاف
ودلالة انه بعد الخلاف مودع أن المودع من يحفظ مال غيره له بأمره وهو بعد الخلاف والاشتغال بالحفظ حافظ
مال المالك له بامره لان الامر تناول ما بعد الخلاف قوله الوديعة دخلت فى ضمان المودع فيرتفع العقد قلنا معنى الدخول
فى ضمان المودع انه انعقد سبب وجوب الضمان موقوفا وجوبه على وجود شرطه وهو الهلاك فى حالة الخلاف لكن
هذا لم يوجب ارتفاع العقد أليس ان من وكل انسانا ببيع عبده بالفى درهم فباعه بألف وسلمه الى المشترى دخل العبد
فى ضمانه لانعقاد سبب وجوب الضمان وهو تسليم مال الغير الى غيره من غير اذنه ومع ذلك بقى العقد حتى لو أخذه كان له
بيعه بالفين كذا هذا على أنا ان سلمنا ان العقد انفسخ لكن فى قدر ما فات من حقه وحكمه وهو الحفظ الملتزم للمالك فى
زمان الخلاف لا فيما بقى فى المستقبل كما اذا استحفظه باجر كل شهر بكذا وترك الحفظ فى بعض الشهر ثم اشتغل به فى
الباقى بقى العقد فى الباقى يستحق الاجرة بقدره والجامع بينهما أن الارتفاع لضرورة فوات حكم العقد فلا يظهر الا فى
قدر الفائت بخلاف الاجارة والاعارة لان الاجارة تمليك المنفعة وهى تمليك منافع مقدرة بالمكان أو الزمان فاذا بلغ
المكان المذكور فقد انتهى العقد لانتهاء حكمه فلا يعود الا بالتجديد وكذا الاعارة لانها تمليك المنفعة عندنا الا انها تمليك
المنفعة بغير عوض والاجارة تمليك المنفعة بعوض وأما حكم عقد الوديعة فلزوم الحفظ للمالك مطلقا أو شهرا او زمانا ما بعد
الخلاف داخل فى المطلق والوقت فلا ينتقض بالخلاف بل يتقرر فهو الفرق ومنها جحود الوديعة فى وجه المالك عند
طلبه حتى لو قامت البينة على الايداع أو نكل المودع عن اليمين أو أقر به دخلت فى ضمانه لان العقد لما ظهر بالحجة فقد
ظهر ارتفاعه بالجحود أو عنده لان المالك لما طلب منه الوديعة فقد عزله عن الحفظ والمودع لما جحد الوديعة حال
حضرة المالك فقد عزل نفسه عن الحفظ فانفسخ العقد فبقى مال الغير فى يده بغير اذنه فيكون مضمونا عليه فاذا هلك تقرر
الضمان ولو جحد الوديعة ثم أقام البينة على هلاكها فهذا لا يخلو من ثلاثة أوجه اما ان أقام البينة على أنها هلكت بعد
الجحود أو قبل الجحود أو مطلقا فان أقام البينة على أنها هلكت بعد الجحود أو مطلقا لا ينتفع ببينته لان العقد ارتفع
بالجحود أو عنده فدخلت العين فى ضمانه والهلاك بعد ذلك يقرر الضمان لا ان يسقطه وان أقام البينة على انها هلكت
قبل الجحود تسمع بينته ولا ضمان عليه لان الهلاك قبل الجحود لما ثبت بالبينة فقد ظهر انتهاء العقد قبل الجحود فلا
يرتفع بالجحود فظهر ان الوديعة هلكت من غير صنعه فلا يضمن ولو ادعى الهلاك قبل الجحود ولا بينة له وطلب
اليمين من المودع حلفه القاضى بالله تعالى ما يعلم انها هلكت قبل جحوده لانه الاصل فى باب الاستحلاف أن الذى
يستحلف عليه لو كان أمر الو أقر به الحالف للزمه فاذا أنكر يستحلف وهنا كذلك لان المالك لو أقر بالهلاك قبل
الجحود لقبل منه و يسقط الضمان عن المودع فاذا أنكر يستحلف لكن على العلم لانه يستحلف على فعل غيره هذا
اذا جحد حال حضرة المالك فان جحد عند غير المالك حال غيبته قال أبو يوسف لا يضمن وقال زفر رحمه الله يضمن
فى الحالين جميعا وجه قول زفر ان ما هو سبب وجوب الضمان لا يختلف بالحضرة والغيبة كسائر الاسباب وجه قول

أبي يوسف ان الجحود سبب للضمان من حيث انه يرفع العقد بالعزل على ما بينا ولا يصح العزل حالة الغيبة فلا يرتفع العقد ولان الجحود عند غير المالك حال غيبته معدود من باب الحفظ والصيانة عرفا وعادة لان مبنى الايداع على الستر والاخفاء فكان الجحود عند غير المالك حال غيبته حفظا معنى فكيف يكون سببا لوجوب الضمان ومنها الاتلاف حقيقة أو معنى وهو اعجاز المالك عن الانتفاع بالوديعة لان اتلاف مال الغير بغير اذنه سبب لوجوب الضمان حتى لو طلب الوديعة فمنعها المودع مع القدرة على الدفع والتسليم اليه حتى هلكت يضمن لانه لما حبسها عنه عجز عن الانتفاع بها للحال فدخلت في ضمانه فاذا هلكت تقرر العجز فيجب الضمان ولو أمر غيره بالاتلاف وادعى انه كان باذن المالك لا يصدق الا ببينة لان الاتلاف سبب لوجوب الضمان في الاصل وقوله كان باذن المالك دعوى أمر عارض فلا تقبل الا بحجة وكذلك المودع اذا خلط الوديعة بماله خلطا لا تتميز يضمن لانه اذا كان لا تتميز فقد عجز المالك من الانتفاع بالوديعة فكان الخلط منه اتلافا فيضمن و يصير ملكا بالضمان وان مات كان ذلك لجميع الغرماء والمودع اسوة الغرماء فيه ولو اختلطت بماله بنفسها من غير صنعه لا يضمن وهو شريك لصاحبها أما عدم وجوب الضمان فلانعدام الاتلاف منه بل تلفت بنفسها لانعدام الفعل من جهته وأما كونه شريكا لصاحبها فلوجود معنى الشركة وهو اختلاط الملكين ولو أودعه رجلان كل واحد منهما الف درهم فخلط المودع المالين خلطا لا تتميز فلا سبيل لهما على أخذ الدراهم ويضمن المودع لكل واحد منهما الفا ويكون المخلوط له وهذا قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد هما بالخيار ان شا آ اقتسما المخلوط نصفين وان شا آ ضمنا المودع الفين وعلى هذا الخلاف سائر المكيلات والموزونات اذا خلطا الجنس بالجنس خلطا لا تتميز كالحنطة بالحنطة والشعير بالشعير والدهن بالدهن وجه قولهما ان الوديعة قائمة بعينها لكن عجز المالك عن الوصول اليها بعارض الخلط فان شا آ اقتسما لاعتبار جهة القيام وان شا آ ضمنا لاعتبار جهة العجز وجه قول أبي حنيفة رحمه الله انه لما خلطهما خلطا لا تتميز فقد عجز كل واحد منهما عن الانتفاع بالمخلوط فكان الخلط منه اتلاف الوديعة عن كل واحد منهما فيضمن ولهذا يثبت اختيار التضمين عندهما واختيار التضمين لا يثبت الا بوجود الاتلاف دل ان الخلط منه وقع اتلافا ولو أودعه رجل حنطة وآخر شعيرا فخلطهما فهو ضامن لكل واحد منهما مثل حقه عند أبي حنيفة لان الخلط اتلاف وعندهما لهما ان يأخذا العين ويبيعاها ويقتسما الثمن على قيمة الحنطة مخلوطا بالشعير وعلى قيمة الشعير غير مخلوط بالحنطة لان قيمة الحنطة تنقص بخلط الشعير وهو يستحق الثمن لقيام الحق في العين وهو مستحق العين بخلاف قيمة الشعير لان قيمة الشعير تزداد بالخلط بالحنطة وتلك الزيادة ملك الغير فلا يستحقها صاحب الشعير ولو أنفق المودع بعض الوديعة ضمن قدر ما أنفق ولا يضمن الباقي لانه لم يوجد منه الاتلاف الا قدر ما أنفق ولو رد مثله فخلطه بالباقي يضمن الكل لوجود اتلاف الكل منه النصف بالاتلاف والنصف الباقي بالخلط لكون الخلط اتلافا على ما بينا ولو أخذ بعض دراهم الوديعة لينفقها فلم ينفقها ثم ردها الى موضعها بعد أيام فضاعت لا ضمان عليه عندنا وعند الشافعي رحمه الله يضمن وجه قوله انه أخذها على وجه التعدي فيضمن كما لو انتفع بها (ولنا) ان نفس الاخذ ليس باتلاف ونية الاتلاف ليس باتلاف فلا توجب الضمان والاصل فيه ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال ان الله تبارك وتعالى عز شأنه عفا عن أمتي ما حدثت به أنفسها ما لم يتكلموا أو يفعلوا ظاهر الحديث يقتضي أن يكون ما حدثت به النفس عفوا على العموم الا ما خص بدليل وعلى هذا الخلاف اذا أودعه كيسا مسدودا فحله المستودع أو صندوقا مقفلا ففتح القفل ولم يأخذ منه شيأ حتى ضاع أو مات المودع فان كانت الوديعة قائمة بعينها ترد على صاحبها لان هذا عين ماله ومن وجد عين ماله فهو أحق به على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم وان كانت لا تعرف بعينها فهي دين في تركته يحاص الغرماء لانه لما مات مجهلا للوديعة فقد أتلفها معنى لخروجها من ان تكون منتفعا بها في حق المالك بالتجهيل وهو تفسير الاتلاف ولو قالت الورثة انها هلكت أو ردت على المالك لا يصدقون على ذلك لان الموت مجهلا سبب لوجوب الضمان لكونه اتلافا فكان

دعوى الهلاك والرد دعوى أمر عارض فلا يقبل الا بحجة ويحاص المودع الغرماء لانه دين الاستهلاك على ماذكرنا فيساوى دين الصحة والله سبحانه وتعالى أعلم

كتاب العارية

الكلام فى هذا الكتاب يقع فى مواضع فى بيان ركن العارية وفى بيان شرائط الركن وفى بيان حكم العقد وفى بيان ما يملكه المستعير من التصرف فى المستعار وما لا يملكه وفى بيان صفة الحكم وفى بيان حال المستعار وفى بيان ما يوجب تغير حاله أما ركنها فهو الايجاب من المعير وأما القبول من المستعير فليس بركن عند أصحابنا الثلاثة استحسانا والقياس ان يكون ركنا وهو قول زفر كما فى الهبة حتى ان من حلف لا يعير فلانا فاعاره ولم يقبل يحنث كما اذا حلف لا يهب فلانا شيأ فوهبه ولم يقبل وهى مسئلة كتاب الهبة والايجاب هو ان يقول أعرتك هذا الشئ أو منحتك هذا الثوب أو هذه الدار أو أطعمتك هذه الارض أو هذه الارض لك طعمة أو أخدمتك هذا العبد أو هذا العبد لك خدمة أو حملتك على هذه الدابة اذا لم ينو به الهبة أو دارى لك سكنى أو دارى لك عمرى سكنى أما لفظ الاعارة فصريح فى بابها وأما المنحة فهى اسم للعطية التى ينتفع الانسان بها زمانا ثم يردها على صاحبها وهو معنى العارية قال النبى عليه الصلاة والسلام المنحة مردودة ومنحة الارض زراعتها قال النبى عليه الصلاة والسلام ازرعها أو امنحها أخاك وكذا الاطعام المضاف الى الارض هو اطعام منافعها التى تحصل منها بالزراعة من غير عوض عرفا وعادة وهو معنى العارية وأما اخدام العبد اياه فجعل خدمته بغير عوض وهو تفسير العارية وكذا قوله دارى لك سكنى أو عمرى سكنى هو جعل سكنى الدار له من غير عوض وسكنى الدار منفعتها المطلوبة منها عادة فقد أتى بمعنى الاعارة وأما قوله حملتك على هذه الدابة فانه يحتمل الاعارة والهبة فاى ذلك نوى فهو على ما نوى لانه نوى ما يحتمل لفظه وعند الاطلاق ينصرف الى العارية لانها أدنى فكان الحمل عليها أولى ولو قال دارى لك رقبى أو حبس فهو عارية عند أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف هبة وقوله رقبى أو حبس باطل وهى مسئلة كتاب الهبة

(فصل) وأما الشرائط التى يصير الركن بها اعارة شرعا فأنواع منها العقل فلا تصح الاعارة من المجنون والصبى الذى لا يعقل وأما البلوغ فليس بشرط عندنا حتى تصح الاعارة من الصبى المأذون لانها من توابع التجارة وانه يملك التجارة فيملك ما هو من توابعها وعند الشافعى لا يملك وهى مسئلة كتاب المأذون وكذا الحرية ليست بشرط فيملكها العبد المأذون لانها من توابع التجارة فيملك بملك ذلك ومنها القبض من المستعير لان الاعارة عقد تبرع فلا يفيد الحكم بنفسه بدون القبض كالهبة ومنها ان يكون المستعار مما يمكن الانتفاع به بدون استهلاكه فان لم يكن لا تصح اعارته لان حكم العقد ثبت فى المنفعة لا فى العين الا اذا كانت ملحقة بالمنفعة على ما نذكره فى موضعه

(فصل) وأما بيان حكم العقد فالكلام فيه فى موضعين أحدهما فى بيان أصل الحكم والثانى فى بيان صفته أما الاول فهو ملك المنفعة للمستعير بغير عوض أو ما هو ملحق بالمنفعة عرفا وعادة عندنا وعند الشافعى اباحة المنفعة حتى يملك المستعير الاعارة عندنا فى الجملة كالمستأجر يملك الاجارة وعنده لا يملكها أصلا كالمباح له الطعام لا يملك الاباحة من غيره وجه قول الشافعى دلالة الاجماع والمعقول اما الاجماع فلجواز العقد من غير أجل ولو كان تمليك المنفعة لما جاز من غير أجل كالاجارة وكذا المستعير لا يملك أن يؤجر العارية ولو ثبت الملك له فى المنفعة لملك كالمستأجر وأما المعقول فهو أن القياس يأبى تمليك المنفعة لان بيع المعدوم لانعدام المنفعة حالة العقد والمعدوم لا يحتمل البيع لانه بيع ما ليس عند الانسان وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عنه الا انها جعلت موجودة عند العقد فى باب الاجارة حكما للضرورة ولا ضرورة الى الاعارة فبقيت المنافع فيها على أصل العدم (ولنا) أن المعير سلطه على تحصيل المنافع وصرفها الى نفسه على وجه زالت يده عنها والتسليط على هذا الوجه يكون تمليكا لا اباحة كما فى الاعيان وانما

صح من غير أجل لان بيان الاجل للتحرز عن الجهالة المفضية الى المنازعة والجهالة فى باب العارية لا تفضى الى المنازعة لانها عقد جائز غير لازم ولهذا المعنى لا يملك الاجارة لانها عقد لازم والاعارة عقد غير لازم فلو ملك الاجارة لكان فيه اثبات صفة اللزوم بما ليس بلازم أو سلب صفة اللزوم عن اللازم وكل ذلك باطل وقوله المنافع منعدمة عند العقد قلنا نعم لكن هذا لا يمنع جواز العقد كما فى الاجارة وهذا لان العقد الوارد على المنفعة عندنا عقد مضاف الى حين وجود المنفعة فلا ينعقد فى حق الحكم الا عند وجود المنفعة شيأ فشيأ على حسب حدوثها فلم يكن بيع المعدوم ولا بيع ما ليس عند الانسان وعلى هذا تخرج اعارة الدراهم والدنانير انها تكون قرضا لا اعارة لان الاعارة لما كانت تمليك المنفعة أو اباحة المنفعة على اختلاف الاصلين ولا يمكن الانتفاع الا باستهلاكها ولا سبيل الى ذلك الا بالتصرف فى العين لا فى المنفعة ولا يمكن تصحيحها اعارة حقيقية فتصحح قرضا مجازا لوجود معنى الاعارة فيه حتى لو استعار حليا ليتجمل به صح لانه يمكن الانتفاع به من غير استهلاك بالتجمل فامكن العمل بالحقيقة فلا ضرورة الى الحمل على المجاز وكذا اعارة كل ما لا يمكن الانتفاع به الا باستهلاكه كالمكيلات والموزونات يكون قرضا لا اعارة لما ذكرنا ان محل حكم الاعارة المنفعة لا العين الا اذا كان ملحقا بالمنفعة عرفا وعادة كما اذا منح انسانا شاة أو ناقة لينتفع بلبنها ووبرها مدة ثم يردها على صاحبها لان ذلك معدود من المنافع عرفا وعادة فكان له حكم المنفعة وقد روى عن النبى عليه الصلاة والسلام انه قال هل من أحد يمنح من ابله ناقة أهل بيت لا در لهم وهذا يجرى مجرى الترغيب كمن منح منحة ورق أو منحة لبس كان له بعدل رقبة وكذا لو منح جديا أو عناقا كان عارية لانه يعرض أن ينتفع بلبنه وصوفه ويتصل بهذا الفصل بيان ما يملكه المستعير من التصرف فى المستعار وما لا يملكه فنقول وبالله التوفيق جملة الكلام فيه ان عقد الاعارة لا يخلو من أحد وجهين اما ان كان مطلقا واما ان كان مقيدا فان كان مطلقا بان اعار دابته انسانا ولم يسم مكانا ولا زمانا ولا الركوب ولا الحمل فله ان يستعملها فى أى مكان وزمان شاء وله ان يركب أو يحمل لان الاصل فى المطلق ان يجرى على اطلاقه وقد ملكه منافع العارية مطلقا فكان له أن يستوفيها على الوجه الذى ملكها الا أنه لا يحمل عليها ما يعلم أن مثلها لا يطيق بمثل هذا الحمل ولا يستعملها ليلا ونهارا ما لا يستعمل مثلها من الداب لذلك عادة حتى لو فعل فعطبت يضمن لان العقد وان خرج مخرج الاطلاق لكن المطلق يتقيد بالعرف والعادة دلالة كما يتقيد نصا وله أن يعير العارية عندنا سواء كانت العارية مما يتفاوت فى استيفاء المنفعة أولا لان اطلاق العقد يقتضى ثبوت الملك للمستعير فكان هو فى التمليك من غيره على الوجه الذى ملكه متصرفا فى ملك نفسه الا أنه لا يملك الاجارة لما قلنا فان آجر وسلم الى المستأجر ضمن لانه دفع مال الغير اليه بغير اذنه فصار غاصبا فان شاء ضمنه وان شاء ضمن المستأجر لانه قبض مال الغير بغير اذنه كالمشترى من الغاصب الا أنه اذا ضمن المستعير لا يرجع بالضمان على المستأجر لانه ملكه باداء الضمان فتبين أنه آجر ملك نفسه وان ضمن المستأجر فان كان عالما بكونها عارية فى يده لا يرجع على المستعير وان لم يكن عالما بذلك يرجع عليه لانه اذا لم يعلم به فقد صار مغرورا من جهة المستعير فيرجع عليه بضمان الغرور وهو ضمان الكفالة فى الحقيقة واذا كان عالما لم يصر مغرورا من جهته فلا يرجع عليه وهل يملك الايداع اختلف المشايخ فيه قال مشايخ العراق يملك وهو قول بعض مشايخنا لانه يملك الاعارة فالايداع أولى لانها دون الاعارة وقال بعضهم لا يملك استدلالا بمسئلة مذكورة فى الجامع الصغير وهى أن المستعير اذا رد العارية على يد أجنبى ضمن ومعلوم أن الرد على يده ايداع اياه ولو ملك الايداع لما ضمن وان كان مقيدا فيراعى فيه القيد ما امكن لان أصل اعتبار تصرف العاقل على الوجه الذى تصرف الا اذا لم يمكن اعتباره لعدم الفائدة ونحو ذلك فلغا الوصف لان ذلك يجرى مجرى العبث ثم انما يراعى القيد فيما دخل لا فيما لم يدخل لان المطلق اذا قيد ببعض الاوصاف يبقى مطلقا فيما وراءه فيراعى عند الاطلاق فيما وراءه بيان هذه الجملة فى مسائل اذا أعار انسانا دابة على أن يركبها المستعير بنفسه ليس له أن يعيرها من غيره وكذلك اذا أعاره ثوبا

على أن يلبسه بنفسه لما ذكرنا أن الاصل فى المقيد اعتبار القيد فيه الا اذا تعذر اعتباره واعتبار هذا القيد ممكن لانه مقيد لتفاوت الناس فى استعمال الدواب والثياب ركوبا ولبساً فلزم اعتبار القيد فيه فان فعل حتى هلك ضمن لانه خالف وان ركب بنفسه وأردف غيره فعطبت فان كانت الدابة مما تطيق حملهما جميعاً يضمن نصف قيمة الدابة لانه لم يخالف الا فى قدر النصف وان كانت الدابة مما لا تطيق حملهما ضمن جميع قيمتها لانه استهلكها ولو أعاره دار اليسكنها بنفسه فله أن يسكنها غيره لان المملوك بالعقد السكنى والناس لا يتفاوتون فيه عادة فلم يكن التقييد بسكناه مفيدا فيلغو الا اذا كان الذى يسكنها اياه حدادا أو قصارا ونحوهما ممن يوهن عليه البناء فليس له أن يسكنها اياه ولا أن يعمل بنفسه ذلك لان المعير لا يرضى به عادة والمطلق يتقيد بالعرف والعادة كما فى الاجارة ولو أعاره دابة على أن يحمل عليها عشرة مخاتيم شعير فليس له أن يحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة لان الحنطة أثقل من الشعير فكان اعتبار القيد مفيدا فيعتبر ولو أعارها على أن يحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة فله أن يحمل عليها عشرة مخاتيم شعير أودخنا أو أرزا أو غير ذلك مما يكون مثل الحنطة أو أخف منها استحسانا والقياس أن لا يكون له ذلك حتى انها لو عطبت لا يضمن استحسانا والقياس أن يضمن وهو قول زفر لانه خالف وجواب الاستحسان أن هذا وان كان خلافا صورة فليس بخلاف معنى لان المالك يكون راضيا به دلالة فلم يكن التقييد بالحنطة مفيدا وصار كما لو شرط عليه أن يحمل عليها عشرة مخاتيم من حنطة نفسه فحمل عليها عشرة مخاتيم من حنطة غيره فانه لا يكون مخالفا حتى لا يضمن كذا هذا ولو قال على ان يحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة ليس له أن يحمل عليها حطباً أو تبناً أو آجرا أو حديدا أو حجارة سواء كان مثلها فى الوزن أو أخف لان ذلك أشق على الدابة أو أنكى لظهرها أو أعقر ولو فعل حتى عطبت ضمن ولو قال على ان يحمل عليها مائة من قطنا فحمل عليها مثله من الحديد وزنا فعطبت يضمن لان القطن ينبسط على ظهر الدابة فكان ضرورته أقل من الحديد لانه يكون فى موضع واحد فكان ضرره بالدابة أكثر والرضا بادنى الضررين لا يكون رضا باعلاهما فكان التقييد مفيدا فيلزم اعتباره ولو قال على ان يحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة فحمل عليها من الحنطة زيادة على المسمى فى القدر فعطبت نظر فى ذلك فان كانت الزيادة مما لا تطيق الدابة حملها يضمن جميع قيمتها لان حمل ما لا تطيق الدابة اتلاف للدابة وان كانت الدابة مما تطيق حملها يضمن من قيمتها قدر الزيادة حتى لو قال على ان يحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة فحمل عليها أحد عشر مختوما فعطبت يضمن جزأ من احد عشر جزأ من قيمتها لانه لم يتلف منها الا هذا القدر ولو قيدها بالمكان بان قال على ان تستعملها فى مكان كذا فى المصر يتقيد به وله ان يستعملها فى أى وقت شاء باى شىء شاء لان التقييد لم يوجد الا بالمكان فبقى مطلقا فيما وراءه لكنه لا يملك ان يجاوز ذلك المكان حتى لو جاوزه دخل فى ضمانه ولو أعادها الى المكان المأذون لا يبرأ عن الضمان حتى لو هلكت من قبل التسليم الى المالك يضمن وهذا قول أبى حنيفة عليه الرحمه الآخر وكان يقول أولا يبرأ عن الضمان كالمودع اذا خالف ثم عاد الى الوفاق ثم رجع ووجه الفرق بين العارية والوديعة قد ذكرناه فى كتاب الوديعة وكذلك لو قيدها بالزمان بان قال على ان يستعملها يوماً يبقى مطلقا فيما وراءه لكنه يتقيد بالزمان حتى لو مضى اليوم ولم يردها على المالك حتى هلكت يضمن لما قلنا وكذلك لو قيدها بالحمل وكذلك لو قيدها بالاستعمال بان قال على ان يستعملها حتى لو أمسكها ولم يستعملها حتى هلكت يضمن لان الامساك منه خلاف فيوجب الضمان ولو اختلف المعير أو المستعير فى الايام أو المكان أو فيما يحمل عليها فالقول قول المعير لان المستعير يستفيد ملك الانتفاع من المعير فكان القول فى المقدار والتعيين قوله لكن مع اليمين دفعا للتهمة

﴿فصل﴾ وأما صفة الحكم فهى ان الملك الثابت للمستعير ملك غير لازم لانه ملك لا يقابله عوض فلا يكون لازما كالملك الثابت بالهبة فكان للمعير ان يرجع فى العارية سواء أطلق العارية أو وقت لها وقتاً وعلى هذا اذا استعار من آخر أرضاً ليبنى عليها أو ليغرس فيها ثم بدا للمالك ان يخرجه فله ذلك سواء كانت العارية مطلقة أو موقتة لما قلنا غير انها ان

كانت

كانت مطلقة له ان يجبر المستعير على قلع الغرس و نقض البناء لان فى الترك ضرراً بالمعير لانه لا نهاية له واذا قلع و نقض لا يضمن المعير شيئاً من قيمة الغرس والبناء لانه لو وجب عليه الضمان لوجب بسبب الغرور ولا غرور من جهته حيث أطلق العقد ولم يوقت فيه وقتاً فاخرجه قبل الوقت بل هو الذى غر نفسه حيث حمل المطلق على الابد وان كانت موقتة فاخرجه قبل الوقت لم يكن له ان يخرجه ولا يجبر على النقض والقلع والمستعير بالخيار ان شاء ضمن صاحب الارض قيمة غرسه و بنائه قائماً سليما وترك ذلك عليه لانه لما وقت للعارية وقتاً ثم أخرجه قبل الوقت فقد غره فصار كفيلا عنه فيما يلزمه من العهدة اذ ضمان الغرور كفالة فكان له أن يرجع عليه بالضمان و يملك صاحب الارض البناء والغرس باداء الضمان لان هذا حكم المضمونات انها تملك باداء الضمان وان شاء أخذ غرسه و بناءه ولا شيء على صاحب الارض ثم انما يثبت خيار القلع والنقض للمستعير اذا لم يكن القلع أو النقض مضراً بالارض فان كان مضراً بها فالخيار للمالك لان الارض أصل والبناء والغرس تابع لها فكان المالك صاحب أصل والمستعير صاحب تبع فكان اثبات الخيار لصاحب الاصل أولى ان شاء أمسك الغرس والبناء بالقيمة وان شاء رضى بالقلع والنقض هذا اذا استعار أرضاً للغرس أو البناء فاما اذا استعار أرضاً للزراعة فزرعها ثم أراد صاحب الارض ان يأخذها لم يكن له ذلك حتى يحصد الزرع بل يترك فى يده الى وقت الحصاد باجر المثل استحسانا فى القياس ان يكون له ذلك كما فى البناء والغرس ووجه الفرق للاستحسان ان النظر من الجانبين ورعاية الحقين واجب عند الامكان وذلك ممكن فى الزرع لان ادراك الزرع له وقت معلوم فيمكن النظر من الجانبين جانب المستعير لا شك فيه وجانب المالك بالترك الى وقت الحصاد بالاجر ولا يمكن فى الغرس والبناء لانه ليس لذلك وقت معلوم فكان مراعاة صاحب الاصل أولى وقالوا فى باب الاجارة اذا انقضت المدة والزرع بقل لم يستحصد انه يترك فى يد المستأجر الى وقت الحصاد باجر المثل كما فى العارية لما قلنا بخلاف باب الغصب لان الترك للنظر والغاصب جان فلا يستحق النظر بل يجبر على القلع

﴿فصل﴾ واما بيان حال المستعار فحاله انه أمانة فى يد المستعير فى حال الاستعمال بالاجماع فاما فى غير حال الاستعمال فكذلك عندنا وعند الشافعى رحمه الله مضمون واحتج بما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استعار من صفوان درعا يوم حنين فقال صفوان اغصبا يا محمد فقال عليه الصلاة والسلام بل عارية مضمونة ولان العين مضمونة الرد حال قيامها فكانت مضمونة القيمة حال هلاكها كالمغصوب وهذا لان العين اسم للصورة والمعنى و بالهلاك ان عجز عن رد الصورة لم يعجز عن رد المعنى لان قيمة الشيء معناه فيجب عليه رده بمعناه كما فى الغصب ولانه قبض مال الغير لنفسه فيكون مضمونا عليه كالمقبوض على سوم الشراء (ولنا) انه لم يوجد من المستعير سبب وجوب الضمان فلا يجب عليه الضمان كالوديعة والاجارة وانما قلنا ذلك لان الضمان لا يجب على المرء بدون فعله وفعله الموجود منه ظاهراً هو العقد والقبض وكل واحد منهما لا يصلح سبباً لوجوب الضمان اما العقد فلانه عقد تبرع بالمنفعة تمليكا أو اباحة على اختلاف الاصلين واما القبض فلوجهين أحدهما ان قبض مال الغير بغير اذنه لا يصلح سبباً لوجوب الضمان فبالاذن أولى وهذا لان قبض مال الغير بغير اذنه هو اثبات اليد على مال الغير وحفظه وصيانته عن الهلاك وهذا احسان فى حق المالك قال الله تبارك وتعالى جل شانه هل جزاء الاحسان الا الاحسان وقال تبارك وتعالى ما على المحسنين من سبيل دل ان قبض مال الغير بغير اذنه لا يصلح سبباً لوجوب الضمان فمع الاذن أولى الثانى ان القبض المأذون فيه لا يكون تعديا لانه لا يفوت يد المالك ولا ضمان الا على المتعدى قال الله تبارك وتعالى ولا عدوان الا على الظالمين بخلاف قبض الغصب وأما الاستدلال بضمان الرد قلنا ان وجب عليه رد العين حال قيامها لم يجب عليه رد القيمة حال هلاكها وقوله قيمتها معناها قلنا ممنوع وهذا لان القيمة هى الدراهم والدنانير والدراهم والدنانير عين أخرى لها صورة ومعنى غير العين الاولى فالعجز عن رد احد العينين لم يوجب رد العين الاخرى وفى باب الغصب لا يجب عليه ضمان القيمة بهذا الطريق بل بطريق آخر وهو اتلاف المغصوب منى لما علم وهنا لم يوجد حتى لو وجد يجب الضمان

ثم نقول انما وجب عليه ضمان الرد لان العقد متى انتهى بانتهاء المدة أو بالطلب بقي العين في يده كالمغصوب والمغصوب مضمون الرد حال قيامه ومضمون القيمة حال هلاكه وعندنا اذا هلكت في تلك الحالة ضمن واما قوله قبض مال الغير لنفسه فنعم لكن قبض مال الغير لنفسه بغير اذنه لا يصلح سبباً لوجوب الضمان لما ذكرنا فمع الاذن أولى والمقبوض على سوم الشراء غير مضمون بالقبض بل بالعقد بطريق التعاطي بشرط الخيار الثابت دلالة لما علم ولا حجة له في حديث صفوان لان الرواية قد اختلفت فقد روى انه هرب من رسول الله صلى الله عليه وسلم فارسل اليه فأمنه وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يريد حنيناً فقال هل عندك شيء من السلاح فقال عارية أو غصباً فقال عليه الصلاة والسلام عارية فاعاره ولم يذكر فيه الضمان والحادثة حادثة واحدة مرة واحدة فلا يكون الثابت الا احداهما فتعارضت الروايتان فسقط الاحتجاج مع مانه ان ثبت فيحتمل ضمان الرد وبه نقول فلا يحمل على ضمان الغير مع الاحتمال يؤيد ماقلنا ماروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال العارية مؤداة

﴿فصل﴾ وأما بيان ما يوجب تغير حالها فالذي يغير حال المستعار من الامانة الى الضمان ماهو المغير حال الوديعة وهو الاتلاف حقيقة أو معنى بالمنع بعد الطلب أو بعد انقضاء المدة وبترك الحفظ وبالخلاف حتى لو حبس العارية بعد انقضاء المدة أو بعد الطلب قبل انقضاء المدة يضمن لانه واجب الرد في هاتين الحالتين لقوله عليه الصلاة والسلام العارية مؤداة وقوله عليه الصلاة والسلام على اليد ما أخذت حتى ترده ولان حكم العقد انتهى بانقضاء المدة أو الطلب فصارت العين في يده كالمغصوب والمغصوب مضمون الرد حال قيامه ومضمون القيمة حال هلاكه ولو رد العارية مع عبده أو ابنه أو بعض من في عياله أو مع عبد المعير أو ردها بنفسه الى منزل المالك وجعلها فيه لا يضمن استحساناً والقياس أن يضمن كما في الوديعة وقد ذكرنا الفرق بينهما في كتاب الوديعة وكذا اذا ترك الحفظ حتى ضاعت وكذا اذا خالف الا أن في باب الوديعة اذا خالف ثم عاد الى الوفاق يبرأ عن الضمان عند أصحابنا الثلاثة رضى الله عنهم وهنا لا يبرأ وقد تقدم الفرق في كتاب الوديعة ولو تصرف المستعير وادعى ان المالك قد أذن له بذلك وجحد المالك فالقول قول المالك حتى يقوم للمستعير على ذلك بينة لان التصرف منه سبب لوجوب الضمان في الاصل فدعوى الاذن منه دعوى أمر عارض فلا تسمع الا بدليل والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿كتاب الوقف والصدقة﴾

أما الوقف فالكلام فيه في مواضع في بيان جواز الوقف وكيفيته وفي بيان شرائط الجواز وفي بيان حكم الوقف الجائز وما يتصل به (أما) الاول فنقول وبالله التوفيق لا خلاف بين العلماء في جواز الوقف في حق وجوب التصدق بالفرع مادام الواقف حياً حتى ان من وقف داره أو أرضه يلزمه التصدق بغلة الدار والارض ويكون ذلك بمنزلة النذر بالتصدق بالغلة ولا خلاف أيضاً في جوازه في حق زوال ملك الرقبة اذا اتصل به قضاء القاضي أو اضافه الى ما بعد الموت بأن قال اذا مت فقد جعلت داري أو أرضي وقفاً على كذا أو قال هو وقف في حياتي صدقة بعد وفاتي واختلفوا في جوازه مزيلا لملك الرقبة اذا لم توجد الاضافة الى ما بعد الموت ولا اتصل به حكم حاكم قال أبو حنيفة عليه الرحمة لا يجوز حتى كان للواقف بيع الموقوف وهبته واذا مات يصير ميراثاً لورثته وقال أبو يوسف ومحمد وعامة العلماء رضي الله تعالى عنهم يجوز حتى لا يباع ولا يوهب ولا يورث ثم في ظاهر الرواية عن أبي حنيفة لا فرق بين ما اذا وقف في حالة الصحة وبين ما اذا وقف في حالة المرض حتى لا يجوز عنده في الحالين جميعاً اذا لم توجد الاضافة ولا حكم الحاكم وروى الطحاوي عنه انه اذا وقف في حالة المرض جاز عنده ويعتبر من الثلث ويكون بمنزلة الوصية بعد وفاته وأما عندهما فهو جائز في الصحة والمرض وعلى هذا الخلاف اذا بنى رباطاً أو خاناً للمجتازين أو سقاية للمسلمين أو جعل أرضه مقبرة لا تزول رقبة هذه الاشياء عن ملكه عند أبي حنيفة الا اذا أضافه الى ما بعد الموت أو حكم به حاكم وعندهما

يزول بدون ذلك لكن عند أبي يوسف بنفس القول وعند محمد بواسطة التسليم وذلك بسكنى المجتازين في الرباط والخان وسقاية الناس من السقاية والدفن في المقبرة وأجمعوا على أن من جعل داره أو أرضه مسجداً يجوز وتزول الرقبة عن ملكه لكن عزل الطريق وافرازه والاذن للناس بالصلاة فيه والصلاة شرط عند أبي حنيفة ومحمد حتى كان له أن يرجع قبل ذلك وعند أبي يوسف تزول الرقبة عن ملكه بنفس قوله جعلته مسجداً وليس له أن يرجع عنه على ما نذكره (وجه) قول العامة الاقتداء برسول الله صلى الله عليه وسلم والخلفاء الراشدين وعامة الصحابة رضوان الله تعالى عليهم أجمعين فانه روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم وقف ووقف سيدنا أبو بكر وسيدنا عمر وسيدنا عثمان وسيدنا علي وغيرهم رضي الله عنهم وأكثر الصحابة وقفوا ولان الوقف ليس الا ازالة الملك عن الموقوف وجعله لله تعالى خالصا فأشبه الاعتاق وجعل الارض أو الدار مسجدا والدليل عليه أنه يصح مضافا الى ما بعد الموت فيصح منجزا وكذا لو اتصل به قضاء القاضي يجوز وغير الجائز لا يحتمل الجواز لقضاء القاضي ولابي حنيفة عليه الرحمة ما روى عن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما أنه قال لما نزلت سورة النساء وفرضت فيها الفرائض قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا حبس عن فرائض الله تعالى أي لا مال يحبس بعد موت صاحبه عن القسمة بين ورثته والوقف حبس عن فرائض الله تعالى عز شأنه فكان منفيا شرعا وعن شريح انه قال جاء محمد ببيع الحبيس وهذا منه رواية عن النبي عليه الصلاة والسلام انه يجوز بيع الموقوف لان الحبيس هو الموقوف فعيل بمعنى المفعول اذ الوقف حبس لغة فكان الموقوف محبوسا فيجوز بيعه وبه تبين ان الوقف لا يوجب زوال الرقبة عن ملك الواقف (وأما) وقف رسول الله صلى الله عليه وسلم فانما جاز لان المانع من وقوعه حبسا عن فرائض الله عز وجل ودفعه صلى الله عليه وسلم لم يقع حبسا عن فرائض الله تعالى لقوله صلى الله عليه وسلم انا معاشر الانبياء لا نورث ما تركنا صدقة (وأما) أوقاف الصحابة رضي الله عنهم فما كان منها في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم احتمل انها كانت قبل نزول سورة النساء فلم تقع حبسا عن فرائض الله تعالى وما كان بعد وفاته عليه الصلاة والسلام فاحتمل أن ورثتهم أمضوها بالاجازة وهذا هو الظاهر ولا كلام فيه وانما جاز مضافا الى ما بعد الموت لانه لما أضافه الى ما بعد الموت فقد أخرجه مخرج الوصية فيجوز كسائر الوصايا لكن جوازه بطريق الوصية لا يدل على جوازه لا بطريق الوصية ألا ترى لو أوصى بثلث ماله للفقراء جاز ولو تصدق بثلث ماله على الفقراء لا يجوز وأما اذا حكم به حاكم فانما جاز لان حكمه صادف محل الاجتهاد وأفضى اجتهاده اليه وقضاء القاضي في موضع الاجتهاد بما أفضى اليه اجتهاده جائز كما في سائر المجتهدات

﴿ فصل ﴾ وأما شرائط الجواز فأنواع بعضها يرجع الى الواقف وبعضها يرجع الى نفس الوقف وبعضها يرجع الموقوف (أما) الذي يرجع الى الواقف فأنواع (منها) العقل (ومنها) البلوغ فلا يصح الوقف من الصبي والمجنون لان الوقف من التصرفات الضارة لكونه ازالة الملك بغير عوض والصبي والمجنون ليسا من أهل التصرفات الضارة ولهذا لا تصح منهما الهبة والصدقة والاعتاق ونحو ذلك (ومنها) الحرية فلا يملكه العبد لانه ازالة الملك والعبد ليس من أهل الملك وسواء كان مأذونا أو محجوراً لان هذا ليس من باب التجارة ولا من ضرورات التجارة فلا يملكه المأذون كما لا يملك الصدقة والهبة والاعتاق (ومنها) أن يخرجه الواقف من يده ويجعل له قيما ويسلمه اليه عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف هذا ليس بشرط واحتج بما روى أن سيدنا عمر رضي الله عنه وقف وكان يتولى أمر وقفه بنفسه وكان في يده وروى عن سيدنا علي رضي الله عنه انه كان يفعل كذلك ولان هذا ازالة الملك لا الى حد فلا يشترط فيه التسليم كالاعتاق ولهما أن الوقف اخراج المال عن الملك على وجه الصدقة فلا يصح بدون التسليم كسائر التصرفات (وأما) وقف سيدنا عمر وسيدنا علي رضي الله عنهما فاحتمل انهما أخرجاه عن أيديهما وسلماه الى المتولي بعد ذلك فصح كمن وهب من آخر شيأ أو تصدق أو لم يسلم اليه وقت الصدقة والهبة ثم سلم صح التسليم كذا هذا

ثم التسليم في الوقف عندهما أن يجعل له قيما ويسلمه اليه وفي المسجد أن يصلي فيه جماعة بأذان واقامة باذنه كذا ذكر
القاضي في شرح الطحاوي وذكر القدوري رحمه الله في شرحه انه اذا أذن للناس بالصلاة فيه فصلى واحد كان تسليما
ويزول ملكه عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وهل يشترط أن لا يشرط الواقف لنفسه من منافع الوقف شيأ عند أبي
يوسف ليس بشرط وعند محمد شرط (وجه) قول محمد أن هذا اخراج المال الى الله تعالى وجعله خالصا له وشرط
الانتفاع لنفسه يمنع الاخلاص فيمنع جواز الوقف كما اذا جعل أرضه أو داره مسجداً وشرط من منافع ذلك لنفسه
شيأ وكما لو أعتق عبده وشرط خدمته لنفسه ولابي يوسف ماروى عن سيدنا عمر رضي الله عنه انه وقف وشرط في
وقفه لا جناح على من وليه أن يأكل منه بالمعروف وكان يلي أمر وقفه بنفسه وعن أبي يوسف رحمه الله أن الواقف
اذا شرط لنفسه بيع الوقف وصرف ثمنه الى ما هو أفضل منه يجوز لان شرط البيع شرط لا ينافيه الوقف ألا ترى
انه يباع باب المسجد اذا خلق وشجر الوقف اذا يبس (ومنها) أن يجعل آخره بجهة لا تنقطع أبدا عند أبي حنيفة
ومحمد فان لم يذكر ذلك لم يصح عندهما وعند أبي يوسف ذكر هذا ليس بشرط بل يصح وان سمى جهة تنقطع ويكون
بعدها للفقراء وان لم يسمهم (وجه) قول أبي يوسف انه ثبت الوقف عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وعن
الصحابة ولم يثبت عنهم هذا الشرط ذكرا وتسمية ولان قصد الواقف أن يكون آخره للفقراء وان لم يسمهم هو
الظاهر من حاله فكان تسمية هذا الشرط ثابتاً دلالة والثابت دلالة كالثابت نصاً ولهما ان التأبيد شرط جواز الوقف
لما نذكر وتسمية جهة تنقطع توقيت له معنى فيمنع الجواز (وأما) الذي يرجع الى نفس الوقف فهو التأبيد وهو أن
يكون مؤبداً حتى لو وقت لم يجز لانه ازالة الملك لا الى حد فلا يحتمل التوقيت كالاعتاق وجعل الدار مسجدا

﴿فصل﴾ وأما الذي يرجع الى الموقوف فأنواع (منها) أن يكون مما لا ينقل ولا يحول كالعقار ونحوه فلا يجوز
وقف المنقول مقصوداً لما ذكرنا ان التأبيد شرط جوازه ووقف المنقول لا يتأبد لكونه على شرف الهلاك فلا يجوز
وقفه مقصوداً الا اذا كان تبعاً للعقار بأن وقف ضيعة ببقرها وأكرتها وهم عبيده فيجوز كذا قاله أبو يوسف وجوازه
تبعاً لغيره لا يدل على جوازه مقصوداً كبيع الشرب ومسيل الماء والطريق انه لا يجوز مقصودا ويجوز تبعاً للارض
والدار وان كان شيأ جرت العادة بوقفه كوقف المر والقدوم لحفر القبور ووقف المرجل لتسخين الماء ووقف الجنازة
وثيابها ولو وقف أشجاراً قائمة فالقياس أن لا يجوز لانه وقف المنقول وفي الاستحسان يجوز لتعامل الناس ذلك وما
رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن ولا يجوز وقف الكراع والسلاح في سبيل الله تعالى عند أبي حنيفة لانه
منقول وما جرت العادة به وعند أبي يوسف ومحمد يجوز ويجوز عندهما بيع ما هرم منها أو صار بحال لا ينتفع به فيباع
ويرد ثمنه في مثله كأنهما تركا القياس في الكراع والسلاح بالنص وهو ما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال
أما خالد فقد احتبس أكراعا وأفراسا في سبيل الله تعالى ولا حجة لهما في الحديث لانه ليس فيه انه وقف ذلك فاحتمل
قوله حبسه أي أمسكه للجهاد لا للتجارة (وأما) وقف الكتب فلا يجوز على أصل أبي حنيفة (وأما) على قولهما
فقد اختلف المشايخ فيه وحكى عن نصر بن يحيى أنه وقف كتبه على الفقهاء من أصحاب أبي حنيفة (ومنها) أن
يكون الموقوف مقسوما عند محمد فلا يجوز وقف المشاع وعند أبي يوسف هذا ليس بشرط ويجوز مقسوما كان أو
مشاعا لان التسليم شرط الجواز عند محمد والشيوع يخل بالقبض والتسليم وعند أبي يوسف التسليم ليس بشرط أصلا
فلا يكون الخلل فيه مانعا وقد روى عن سيدنا عمر رضي الله عنه انه ملك مائة سهم بخيبر فقال له رسول الله صلى الله عليه
وسلم احبس أصلها فدل على أن الشيوع لا يمنع صحة الوقف وجواب محمد رحمه الله يحتمل انه وقف مائة سهم قبل
القسمة ويحتمل انه بعدها فلا يكون حجة مع الشك والاحتمال على انه ان ثبت أن الوقف كان قبل القسمة فيحمل انه
وقفها شائعا ثم قسم وسلم وقد روى انه فعل كذلك وذلك جائز كما لو وهب مشاعا ثم قسم وسلم

﴿فصل﴾ وأما حكم الوقف الجائز وما يتصل به فالوقف اذا جاز على اختلاف العلماء في ذلك فحكمه أنه يزول

الموقوف عن ملك الواقف ولا يدخل فى ملك الموقوف عليه لكنه ينتفع بغلته بالتصدق عليه لان الوقف حبس الاصل وتصدق بالفرع والحبس لا يوجب ملك المحبوس كالرهن والواجب أن يبدأ بصرف الفرع الى مصالح الوقف من عمارته واصلاح ماوهى من بنائه وسائر مؤناته التى لا بد منها سواء شرط ذلك الواقف أو لم يشرط لان الوقف صدقة جارية فى سبيل الله تعالى ولا تجرى الا بهذا الطريق ولو وقف داره على سكنى ولده فالعمارة على من له السكنى لان المنفعة له فكانت المؤنة عليه لقوله عليه الصلاة والسلام الخراج بالضمان كالعبد الموصى بخدمته ان نفقته على الموصى له بالخدمة لما قلنا كذا هذا فان امتنع من العمارة ولم يقدر عليها بأن كان فقيراً آجرها القاضى وعمرها بالاجرة لان استبقاء الوقف واجب ولا يبقى الا بالعمارة فاذا امتنع عن ذلك أو عجز عنه ناب القاضى منابه فى استبقائه بالاجارة كالعبد والدابة اذا امتنع صاحبها عن الانفاق عليها أنفق القاضى عليها بالاجارة كذا هذا ومانهدم من بناء الوقف وآلته صرفه الحاكم فى عمارة الوقف ان احتاج اليه وان استغنى عنه أمسكه الى وقت الحاجة الى عمارته فيصرفه فيها ولا يجوز أن يصرفه الى مستحقى الوقف لان حقهم فى المنفعة والغلة لا فى العين بل هى حق الله تعالى على الخلوص ولو جعل داره مسجداً فخرب جوار المسجد أو استغنى عنه لا يعود الى ملكه و يكون مسجداً أبداً عند أبى يوسف وعند محمد يعود الى ملكه (وجه) قول محمد انه ازال ملكه بوجه مخصوص وهو التقرب الى الله تعالى بمكان يصلى فيه الناس فاذا استغنى عنه فقد فات غرضه منه فيعود الى ملكه كما لو كفن ميتا ثم أكله سبع و بقى الكفن يعود الى ملكه كذا هذا ولابى يوسف انه لما جعله مسجداً فقد حرره وجعله خالصا لله تعالى على الاطلاق وصح ذلك فلا يحتمل العود الى ملكه كالاعتاق بخلاف تكفين الميت لانه ماحرر الكفن وانما دفع حاجة الميت به وهو ستر عورته وقد استغنى عنه فيعود ملكا له وقوله ازال ملكه بوجه وقع الاستغناء عنه قلنا ممنوع فان المجتازين يصلون فيه وكذا احتمال عود العمارة قائم وجهة القربة قد صحت بيقين فلا تبطل باحتمال عدم حصول المقصود ولو وقف داراً أو أرضاً على مسجد معين قال بعضهم هو على الاختلاف على قول أبى يوسف يجوز وعلى قول محمد لا يجوز بناء على أن المسجد عند أبى يوسف لا يصير ميراثا بالخراب وعند محمد يصير ميراثا وقال أبو بكر الاعمش ينبغى أن يجوز بالاتفاق وقال أبو بكر الاسكاف ينبغى أن لا يجوز بالاتفاق

﴿فصل﴾ وأما الصدقة اذا قال دارى هذه فى المساكين صدقة تصدق بثمنها وان تصدق بعينها جاز لان الناذر بالنذر يتقرب الى الله تعالى بالمنذور به ومعنى القربة يحصل بالتصدق بثمن الدار و بل أولى ولو تصدق بعين الدار جاز لانه أدى المنصوص عليه ولو قال دارى هذه صدقة موقوفة على المساكين تصدق بالسكنى والغلة عند أبى حنيفة لان المنذور به صدقة موقوفة والوقف حبس الاصل وتصدق بالفرع ولو قال مالى فى المساكين صدقة تصدق بكل مال تجب فيه الزكاة استحسانا والقياس أن يتصدق بالكل لان اسم المال ينطلق على الكل (وجه) الاستحسان أن ايجاب العبد معتبر بايجاب الله تعالى ثم ايجاب الصدقة المتعلقة باسم المال من الله تعالى فى قوله تعالى خذ من أموالهم صدقة ونحو ذلك نصرف الى بعض الاموال دون الكل فكذا ايجاب العبد ولو قال ما أملكه فهو صدقة تصدق بجميع ماله و يقال له أمسك قدر ماتنفقه على نفسك وعيالك الى أن تكتسب مالا فاذا اكتسب مالا تصدقت بمثل ما أمسكت لنفسك لانه اضاف الصدقة الى المملوك وجميع ماله مملوك له فيتصدق بالجميع الا انه يقال له امسك قدر النفقة لانه لو تصدق بالكل على غيره لاحتاج الى أن يتصدق غيره عليه وقد قال عليه الصلاة والسلام ابدأ بنفسك ثم بمن تعول والله عز وجل أعلم

﴿كتاب الدعوى﴾

الكلام فى هذا الكتاب يقع فى مواضع فى بيان ركن الدعوى وفى بيان شرائط الركن وفى بيان حد المدعى

والمدعى عليه وفى بيان حكم الدعوى ومايتصل به وفى بيان حجة المدعى والمدعى عليه وفى بيان علائق اليمين وفى بيان ماتندفع به الخصومة عن المدعى عليه ويخرج عن كونه خصما وفى بيان حكم تعارض الدعوتين مع تعارض البينتين وحكم تعارض الدعوى لاغير وفى بيان حكم الملك والحق الثابت فى المحل (أما) ركن الدعوى فهو قول الرجل لى على فلان أوقبل فلان كذا أوقضيت حق فلان أوأبرأنى عن حقه ونحو ذلك فاذا قال ذلك فقد تم الركن

﴿ فصل ﴾ وأما الشرائط المصححة للدعوى فانواع منها عقل المدعى والمدعى عليه فلا تصح دعوى المجنون والصبى الذى لايعقل وكذا لاتصح الدعوى عليهما حتى لايلزم الجواب ولا تسمع البينة لانهما مبنيان على الدعوى الصحيحة ومنها ان يكون المدعى معلوما لتعذر الشهادة والقضاء بالمجهول والعلم بالمدعى انما يحصل بأحد أمرين اما الاشارة واما التسمية وجملة الكلام فيه ان المدعى لايخلو اما ان يكون عينا واما أن يكون دينا فان كان عينا فلا يخلو اما ان كان محتملا للنقل أولم يكن محتملا للنقل فان كان محتملا للنقل فلا بد من احضاره لتمكن الاشارة اليه عند الدعوى والشهادة فيصير معلوما بها الااذا تعذر نقله كحجر الرحى ونحوه فان شاء القاضى استحضره وان شاء بعث اليه أمينا وان لم يكن محتملا للنقل وهو العقار فلا بد من بيان حده ليكون معلوما لان العقار لايصير معلوما الا بالتحديد ثم لاخلاف فى أنه لا يكتفى فيه بذكر حد واحد وكذا بذكر حدين عند أبى حنيفة ومحمد خلافا لابى يوسف وهل تقع الكفاية بذكر ثلاثة حدود قال علماؤنا الثلاثة رضى الله عنهم نعم وقال زفر رضى الله عنه لا وهى مسألة كتاب الشروط وكذا لابد من بيان موضع المحدود وبلده ليصير معلوما هذا اذا كان المدعى عينا فان كان دينا فلابد من بيان جنسه ونوعه وقدره وصفته لان الدين لا يصير معلوما الا ببيان هذه الاشياء ومنها ان يذكر المدعى فى دعوى العقار انه فى يد المدعى عليه لان الدعوى لابد وان تكون على خصم والمدعى عليه انما يصير خصما اذا كان بيده فلابد وان يذكر انه فى يده ليصير خصما فاذا ذكر وأنكر المدعى عليه ولا بينة للمدعى فانه يحلف من غير الحاجة الى اقامة البينة من المدعى على انه فى يد المدعى عليه ولو كان له بينة لا تسمع حتى يقيم البينة على أنه فى يد هذا المدعى عليه ووجه الفرق ان من الجائز ان يكون صاحب اليد غيره واصطلحا على ذلك فلو سمع القاضى بينته لكان قضاء على الغائب وهذا المعنى هنا متعذر لانه لاقضاء هنا أصلا لان المدعى عليه لايخلو اما ان يحلف واما ان ينكل فان حلف فالامر فيه ظاهر وان نكل فكذا لان القاضى لا يقضى بشئ وانما يأمره بأن يخرج من الدار ويخلى بينها و بين المدعى ومنها ان يذكر انه يطالبه به لان حق الانسان انما يجب ايفاؤه بطلبه ومنها ان يكون بلسانه عينا اذا لم يكن به عذر الا اذا رضى المدعى عليه بلسان غيره عند أبى حنيفة وعندهما ليس بشرط حتى لو وكل المدعى بالخصومة من غير عذر ولم يرض به المدعى عليه لا تصح دعواه عنده حتى لا يلزم الجواب ولا تسمع منه البينة وعندهما تصح حتى يلزم وتسمع لما علم فى كتاب الوكالة ومنها مجلس الحكم فلا تسمع الدعوى الا بين يدى القاضى كما لا تسمع الشهادة الا بين يديه ومنها حضرة الخصم فلا تسمع الدعوى والبينة الا على خصم حاضر الا اذا التمس المدعى بذلك كتابا حكميا للقضاء به فيجيبه القاضى اليه فيكتب الى القاضى الذى الغائب فى بلده بما سمعه من الدعوى والشهادة ليقضى عليه وهذا عندنا وعند الشافعى رحمه الله حضرة المدعى عليه ليست بشرط لسماع الدعوى والبينة والقضاء فيجوز القضاء على الغائب عنده وعندنا لا يجوز وجه قول الشافعى رحمه الله انه ظهر صدق المدعى فى دعواه على الغائب بالبينة فيجوز القضاء ببينته قياسا على الحاضر ودلالة الوصف أن دعوى المدعى وان كان خبرا يحتمل الصدق والكذب لكن يرجح جانب صدقه على جانب الكذب فى خبره بالبينة فيظهر صدقه فى دعواه كما اذا كان المدعى عليه حاضرا يحققه أن المدعى عليه لايخلو اما ان يكون مقرا واما ان يكون منكرا فان كان مقرا فكان المدعى صادقا فى دعواه فلا حاجة الى القضاء وان كان منكرا فظهر صدقه بالبينة فكان القضاء بالبينة قضاء بحجة مظهرة للحق فجاز (ولنا) ماروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لسيدنا على رضى الله عنه لا تقض لاحد الخصمين مالم تسمع كلام الآخر نهاه عليه الصلاة والسلام عن القضاء

لاحد الخصمين قبل سماع كلام الآخر والقضاء بالحق للمدعى حال غيبة المدعى عليه قضاء لاحد الخصمين قبل سماع
كلام الآخر فكان منهيا عنه ولان القاضى مأمور بالقضاء بالحق قال الله تبارك وتعالى جل شأنه ياداود ان جعلناك
خليفة فى الارض فاحكم بين الناس بالحق وقال عليه الصلاة والسلام لعمرو بن العاص اقض بين هذين قال أقضى
وأنت حاضر بيننا فقال عليه الصلاة والسلام اقض بينهما بالحق والحق اسم للكائن الثابت ولا ثبوت مع احتمال
العدم واحتمال العدم ثابت فى البينة لاحتمال الكذب فلم يكن الحكم بالبينة حكما بالحق فكان ينبغى أن لا يجوز الحكم
بها أصلا الا انها جعلت حجة لضرورة فصل الخصومات والمنازعات ولم يظهر حالة الغيبة وقد خرج الجواب عن
كلامه ثم انما لا يجوز القضاء عندنا على الغائب اذا لم يكن عنه خصم حاضر فان كان يجوز لانه يكون قضاء على الحاضر
حقيقة ومعنى والخصم الحاضر الوكيل والوصى والوارث ومن كان بينه وبين الغائب اتصال فيما وقع فيه الدعوى لان
الوكيل والوصى نائبان عنه بصريح النيابة والوارث نائب عنه شرعا وحضرة النائب كحضرة المنوب عنه فلا يكون
قضاء على الغائب معنى وكذا اذا كان بين الحاضر والغائب اتصال فيما وقع فيه الدعوى بان كان ذلك سببا لثبوت
حق الغائب لان الحاضر يصير مدعى عليه فيما هو حقه ومن ضرورة ثبوت حقه ثبوت حق الغائب فكان الكل حق
الحاضر لان كل ما كان من ضرورات الشئ كان ملحقا به فيكون قضاء على الحاضر حتى ان من ادعى على آخر انه
أخوه ولم يدع ميراثا ولا نفقة لا تسمع دعواه لانه دعوى على الغائب لانه يريد اثبات نسبه من أب المدعى عليه وأمه
وهما غائبان وليس عنهما خصم حاضر لانه لم توجد الانابة ولا حق يقضى به على الوارث ليكون ثبوت النسب من
الغائب من ضروراته تبعا له فلا تسمع دعواه أصلا ولو ادعى عليه ميراثا أو نفقة عند الحاجة تسمع دعواه وتقبل بينته
لانه دعوى حق مستحق على الحاضر وهو المال ولا يمكنه اثباته الا باثبات نسبه من الغائب فينصب خصما عن
الغائب ضرورة ثبوت الحق المستحق تبعا له ولهذا لو أقر بالنسب من غير دعوى المال لا يصح اقراره بخلاف ما لو ادعى
على رجل انه أبوه أو ابنه أنه يصح من غير دعوى المال الحاضر لانه ليس فيه حمل نسب الغير على الغير فكان دعوى على
الحاضر ألا ترى انه لو أقر به يصح اقراره بخلاف الاقرار بالاخوة وعلى هذا تخرج المسائل المخمسة وتوابعها على
ما نذكرها فى موضعها ان شاء الله تعالى ومنها عدم التناقض فى الدعوى وهو أن لا يسبق منه ما يناقض دعواه لاستحالة
وجود الشئ مع ما يناقضه وينافيه حتى لو أقر بعين فى يده لرجل فامر القاضى بدفعها اليه ثم ادعى انه كان اشتراها منه
قبل ذلك لا تسمع دعواه لان اقراره بالملك لغيره للحال يمنع الشراء منه قبل ذلك لان الشراء يوجب الملك للمشترى فكان
مناقضا للاقرار والاقرار يناقضه فلا يصح وكذا لو لم يقر ونكل عن اليمين فقضى عليه بنكوله ثم ادعى انه كان اشتراه
منه قبل ذلك لا تسمع دعواه ولا تقبل بينته فى ظاهر الرواية لان النكول بمنزلة الاقرار وروى عن أبى يوسف أنه
تسمع دعواه وتقبل بينته هذا اذا ادعى انه اشتراه منه قبل الاقرار والنكول فاما اذا ادعى انه اشتراه منه بعد ذلك
تسمع دعواه بلا خلاف لان الاقرار بالملك لفلان لا يمنع الشراء منه بعد ذلك لانعدام التناقض لاختلاف الزمان
ولو قال هذا لفلان اشتريته منه تسمع منه موصولا قال ذلك أو مفصولا لانه لم يسبق منه ما يناقض الدعوى بل سبق
منه ما يقررها لان سابقة الملك لفلان شرط تحقق الشراء منه ولو قال هذا العبد لفلان اشتريته منه موصولا فالقياس
أن لا تصح دعواه وفى الاستحسان تصح ولو قال ذلك مفصولا لا تصح قياسا واستحسانا وجه القياس أن قوله هو
لفلان اقرار منه بكونه ملكا لفلان فى الحال فهذا يناقض دعوى الشراء لان الشراء يوجب كونه ملكا للمشترى فلا يصح
كما اذا قال مفصولا وجه الاستحسان أن قوله هو لفلان اشتريته منه موصولا معناه فى متعارف الناس وعاداتهم انه
كان لفلان فاشتريته منه قال الله عز وجل واذكروا اذ أنتم قليل مستضعفون فى الارض أى اذ كنتم قليلا اذ لم يكونوا
قليلا وقت نزول الآية الشريفة فيحمل عليه تصحيحا له ولا عادة جرت بذلك فى المفصول فحمل على حقيقته وهو
بحقيقته مناقضة فلا تسمع هذا اذا بين انه اشتراه قبل الاقرار فان بين انه اشتراه بعده تسمع دعواه لانعدام التناقض

على ما بينا وكذلك لو لم يبين وادعى الشراء مبهما بثمن معلوم تسمع لانه لما لم يذكر الوقت يحمل على الحال تصحيحا له هذا اذا قال هذا الشيء لفلان ولم يقل لا حق لى فيه فان قال لا حق لى فيه ثم ادعى الشراء بعد ذلك لا تسمع دعواه لان قوله لا حق لى فيه لتأكيد البراءة الا اذا بين أنه اشتراه بعد الاقرار فتسمع لما قلنا ولو ادعى على رجل دينا فقال المدعى عليه لم يكن لك على شيء قط فاقام المدعى البينة وقضى القاضى بذلك ثم أقام المدعى عليه البينة أنه كان قد قضاه اياه تسمع دعواه وتقبل بينته لجواز أنه لم يكن عليه شيء وانما قضاه اياه لدفع الدعوى الباطلة ولو قال لم يكن لك على شيء ولا اعرفك فاقام المدعى البينة وقضى القاضى ببينته ثم أقام المدعى عليه البينة أنه كان قضاه لا تسمع دعواه ولا تقبل بينته لان قوله لا اعرفك يناقض دعوى القضاء لان الظاهر انه لا يقضى الا بعد معرفته اياه فكان فى دعوى القضاء مناقضا فلا تسمع ولو ادعى على رجل أنه اشترى منه عبدا بعينه والعبد فى يد البائع فانكر البائع البيع فاقام المشترى البينة وقضى القاضى به ثم وجد به عيبا فأراد أن يرده على البائع فأقام البائع البينة على ان المشترى كان ابرأه عن كل عيب لم تسمع دعواه ولا تقبل بينته لان انكار البيع يناقض دعوى الابراء عن العيب لان الابراء يقتضى وجود البيع فكان مناقضا فى دعوى الابراء فلا تسمع وعلى هذا مسائل والاصل فى هذا الباب أنه اذا سبق من المدعى ما يناقض دعواه يمنع صحة الدعوى الا فى النسب والعتق فان التناقض فيهما غير معتبر بان قال لمجهول النسب هو ابنى من الزنا ثم قال هو ابنى من النكاح تسمع دعواه وكذا مجهول النسب اذا أقر بالرق لرجل ثم ادعى انه حر الاصل تسمع دعواه حتى تقبل بينته لان بيان النسب مبنى على أمر خفى وهو العلوق منه اذ هو مما يغلب خفاؤه على الناس فالتناقض فى مثله غير معتبر كما اذا اختلعت امرأة زوجها على مال ثم ادعت انه كان طلقها ثلاثا قبل الخلع وأقامت البينة على ذلك تسمع دعواها وتقبل بينتها لما قلنا كذا هذا وكذا الرق والحرية ومنها ان يكون المدعى مما يحتمل الثبوت لان دعوى ما يستحيل وجوده حقيقة أو عادة تكون دعوى كاذبة حتى لو قال لمن لا يولد مثله لمثله هذا ابنى لا تسمع دعواه لاستحالة ان يكون الاكبر سنا ابنا لمن هو أصغر سنا منه وكذا اذا قال لمعروف النسب من الغير هذا ابنى والله تعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان حد المدعى والمدعى عليه فقد اختلف عبارات المشايخ فى تحديدهما قال بعضهم المدعى من اذا ترك الخصومة لا يجبر عليها والمدعى عليه من اذا ترك الجواب يجبر عليه وقال بعضهم المدعى من يلتمس قبل غيره لنفسه عينا أو دينا أو حقا والمدعى عليه من يدفع ذلك عن نفسه وقال بعضهم ينظر الى المتخاصمين أيهما كان منكرا فالآخر يكون مدعيا وقال بعضهم المدعى من يخبر عما فى يد غيره لنفسه والمدعى عليه من يخبر عما فى يد نفسه لنفسه فينفصلان بذلك عن الشاهد والمقر والشاهد من يخبر عما فى يد غيره لغيره والمقر من يخبر عما فى يد نفسه لغيره

﴿ فصل ﴾ وأما بيان حكم الدعوى وما يتصل به فحكمها وجوب الجواب على المدعى عليه لان قطع الخصومة والمنازعة واجب ولا يمكن القطع الا بالجواب فكان واجبا وهل يسأله القاضى الجواب قبل طلب المدعى ذكر فى أدب القاضى انه يسأله وذكر فى الزيادات انه لا يسأله ما لم يقل المدعى اسأله عن دعواى وعلى هذا اذا تقدم الخصمان الى القاضى هل يسأل المدعى عن دعواه فى أدب القاضى انه يسأله وفى الزيادات أنه لا يسأله ويعرف ذلك فى كتاب أدب القاضى وسيأتى واذا وجب الجواب على المدعى عليه فاما ان أقر أو سكت أو أنكر فان أقر يؤمر بالدفع الى المدعى لظهور صدق دعواه وان أنكر فان كان للمدعى بينة أقامها ولو قال لا بينة لى ثم جاء بالبينة هل تقبل روى الحسن عن أبى حنيفة رحمهما الله تعالى انها تقبل وعن محمد انها لا تقبل وجه قول محمد ان قوله لا بينة لى اقرار على نفسه والانسان لا يتهم فى اقراره على نفسه فالاتيان بالبينة بعد ذلك رجوع عما أقر به فلا يصح وجه رواية الحسن عن حنيفة ان من الجائز أن تكون له بينة لم يعلمها المدعى بان أقر المدعى عليه بين يدى هؤلاء وهو لا يعلم به ثم علم بعد ذلك بها فامكن التوفيق فلا يكون الاتيان بالبينة بعد ذلك رجوعا فتقبل وان لم يكن له بينة وطلب يمين المدعى عليه يحلف فيما

يحتمل

يحتمل التحليف فان سكت عن الجواب يأتى حكمه ان شاء الله تعالى فى الفصل الذى يليه

﴿ فصل ﴾ وأما حجة المدعى والمدعى عليه فالبينة حجة المدعى واليمين حجة المدعى عليه لقوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه جعل عليه الصلاة والسلام البينة حجة المدعى واليمين حجة المدعى عليه والمعقول كذلك لان المدعى يدعى أمراً خفيا فيحتاج الى اظهاره وللبينة قوة الاظهار لانها كلام من ليس بخصم فجعلت حجة المدعى واليمين وان كانت مؤكدة بذكر اسم الله عز وجل لكنها كلام الخصم فلا تصلح حجة مظهرة للحق وتصلح حجة المدعى عليه لانه متمسك بالظاهر وهو ظاهر اليد فحاجته الى استمرار حكم الظاهر واليمين وان كانت كلام الخصم فهى كاف للاستمرار فكان جعل البينة حجة المدعى وجعل اليمين حجة المدعى عليه وضع الشىء فى موضعه وهو حد الحكمة وعلى هذا يخرج القضاء بشاهد واحد ويمين من المدعى انه لا يجوز عندنا خلافا للشافعى رحمه الله احتج بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قضى بشاهد ويمين ولان الشهادة انما كانت حجة المدعى لكونها مرجحة جنسية الصدق على جنسية الكذب فى دعواها الرجحان فكما يقع بالشهادة يقع باليمين فكانت اليمين فى كونها حجة مثل البينة فكان ينبغى ان يكتفى بها الا انه ضم اليها الشهادة نفيا للتهمة (ولنا) الحديث المشهور والمعقول ووجه الاستدلال به من وجهين أحدهما ان النبى عليه الصلاة والسلام أوجب اليمين على المدعى عليه ولو جعلت حجة المدعى لا تبقى واجبة على المدعى عليه وهو خلاف النص والثانى انه عليه الصلاة والسلام جعل كل جنس اليمين حجة المدعى عليه لانه عليه الصلاة والسلام ذكر اليمين بلام التعريف فيقتضى استغراق كل الجنس فلو جعلت حجة المدعى لا يكون كل جنس اليمين حجة المدعى عليه بل يكون من الايمان ما ليس بحجة له وهو يمين المدعى وهذا خلاف النص وأما الحديث فقد طعن فيه يحيى بن معين وقال لم يصح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم القضاء بشاهد ويمين وكذا روى عن الزهرى لما سئل عن اليمين مع الشاهد فقال بدعة وأول من قضى بهما معاوية رضى الله عنه وكذا ذكر ابن جريج عن عطاء بن أبى رباح انه قال كان القضاء الاول ان لا يقبل الا شاهدان وأول من قضى باليمين مع الشاهد عبد الملك بن مروان مع ما انه ورد مورد الآحاد ومخالفا للمشهور فلا يقبل وان ثبت انه قضى بشاهد ويمين اما ليس فيه انه فيه قضى وقد روى عن بعض الصحابة انه قضى بشاهد ويمين فى الامان وعندنا يجوز القضاء فى بعض أحكام الامان بشاهد واحد اذا كان عدلا بان شهد انه أمن هذا الكافر تقبل شهادته حتى لا يقتل لكن يسترق واليمين من باب ما يحتاط فيه فحمل على هذا توفيقا بين الدلائل صيانة لها عن التناقض وبهذا يتبين بطلان مذهب الشافعى رحمه الله فى رده اليمين الى المدعى عند نكول المدعى عليه لان النبى عليه الصلاة والسلام ما جعل اليمين حجة الا فى جانب المدعى عليه فالرد الى المدعى يكون وضع الشىء فى غير موضعه وهذا حد الظلم وعلى هذا يخرج مسئلة الخارج مع ذى اليد اذا اقاما البينة أنه لا تقبل بينة ذى اليد لانها جعلت حجة للمدعى وذو اليد ليس بمدع بل هو مدعى عليه فلا تكون البينة حجة له فالتحقت بينته بالعدم فخلت بينة المدعى عن المعارض فيعمل بها وقد تخرج المسئلة على أصل آخر نذكره فى موضعه ان شاء الله واذا عرفت ان البينة حجة المدعى واليمين حجة المدعى عليه فلا بد من معرفة علائقهما وعلائق البينة قد مر ذكرها فى كتاب الشهادات ونذكرهنا علائق اليمين فنقول وبالله التوفيق الكلام فى اليمين فى مواضع فى بيان ان اليمين واجبة وفى بيان شرائط الوجوب وفى بيان الوجوب وفى بيان كيفية الوجوب وفى بيان حكم أدائه وفى بيان حكم الامتناع عن تحصيل الواجب أما دليل الوجوب فالحديث المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه وعلى كلمة ايجاب وأما شرائط الوجوب فانواع منها الانكار لانها وجبت للحاجة الى دفع التهمة وهى تهمة الكذب فى الانكار فاذا كان مقراً لا حاجة لان الانسان لا يتهم فى الاقرار على نفسه ثم الانكار نوعان نص ودلالة أما النص فهو صريح الانكار وأما الدلالة فهو السكوت عن جواب المدعى من غير آفة لان الدعوى أوجبت الجواب عليه والجواب نوعان اقرار وانكار فلا بد من حمل السكوت على

أحدهما والحمل على الانكار أولى لان العاقل المتدين لا يسكت عن اظهار الحق المستحق لغيره مع قدرته عليه وقد
يسكت عن اظهار الحق لنفسه مع قدرته عليه فكان حمل السكوت على الانكار أولى فكان السكوت انكارا دلالة ولولم
يسكت المدعى عليه ولم يقر ولكنه قال لا أقر ولا أنكر وأصر على ذلك اختلف المشايخ فيه قال بعضهم هذا انكار
وقال بعضهم هذا اقرار والاول أشبه لان قوله لا أنكر اخبار عن السكوت عن الجواب والسكوت انكار على مامر
ومنها الطلب من المدعى لانها وجبت على المدعى عليه حقا للمدعى وحق الانسان قبل غيره واجب الايفاء عند طلبه
ومنها عدم البينة الحاضرة عند أبى حنيفة وعندهما ليس بشرط حتى لو قال المدعى لى بينة حاضرة ثم أراد ان يحلف
المدعى عليه ليس له ذلك عنده وعندهما له ذلك وجه قولهما ان اليمين حجة المدعى كالبينة ولهذا لا تجب الا عند طلبه
فكان له ولاية استيفاء أيهما شاء ولابى حنيفة ان البينة فى كونها حجة المدعى كالاصل لكونها كلام غير الخصم
واليمين كالخلف عنها لكونها كلام الخصم فلهذا لو أقام البينة ثم أراد استحلاف المدعى عليه ليس له ذلك والقدرة
على الاصل تمنع المصير الى الخلف ومنها ان لا يكون المدعى حقا لله عز وجل خالصا فلا يجوز الاستحلاف فى
الحدود الخالصة حقا لله عز وجل كحد الزنا والسرقة والشرب لان الاستحلاف لاجل النكول ولا يقضى بالنكول
فى الحدود الخالصة لانه بذل عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما اقرار فيه شبهة العدم والحدود لا تحتمل البذل ولا
تثبت بدليل فيه شبهة لهذا لا تثبت بشهادة النساء والشهادة على الشهادة الا ان فى السرقة يحلف على أخذ المال وكذا
لا يمين فى اللعان لانه جار مجرى الحد وأما حد القذف فيجرى فيه الاستحلاف فى ظاهر الرواية لانه ليس من
الحدود المتمحضة حقا لله تعالى بل يشوبه حق العبد فاشبه التعزير وفى التعزير يحلف كذا هذا ويجرى
الاستحلاف فى القصاص فى النفس والطرف لان القصاص خالص حق العبد ومنها ان يكون المدعى محتملا
للاقرار به شرعا بان كان لو أقر به لصح اقراره به فان لم يكن لم يجر فيه الاستحلاف حتى ان من ادعى على رجل انه
أخوه ولم يدع فى يده ميراثا فانكر لا يحلف لانه لو أقر له بالاخوة لم يجز اقراره لكونه اقرارا على غيره وهو أبوه ولو ادعى
انه أخوه وان فى يده مالا من تركة أبيه وهو مستحق لنصفه بارثه من ابيه فأنكر يحلف لاجل الميراث لا للاخوة
لانه لو أقر أنه أخوه صح اقراره فى حق الارث حتى يؤمر بتسليم نصف الميراث اليه ولم يصح فى حق النسب حتى
لا يقضى بانه أخوه وعلى هذا عبد فى يد رجل ادعاه رجلان فأقر به لاحدهما وسلم القاضى العبد اليه فقال الآخر
لا بينة لى وطلب من القاضى تحليف المقر لا يحلفه فى عين العبد لانه لو أقر به لكان اقراره باطلا فاذا أنكر لا يحلف الا
ان يقول الذى لم يقر له انك اتلفت على العبد باقرارك به لغيرى فاضمن قيمته لى يحلف المقر بالله تعالى ماعليه رد قيمة
ذلك العبد على هذا المدعى ولا ردشىء منها لانه لو أقر باتلافه لصح وضمن القيمة فاذا أنكر يستحلفه ولو ادعى
رجل انه زوجه ابنته الصغيرة وأنكر الاب لا يحلف عند أبى حنيفة رحمه الله لطريقين أحدهما انه لو أقر به لا يصح
اقراره به عنده فاذا أنكر لا يستحلف والثانى ان الاستحلاف لا يجرى فى النكاح وعندهما يجرى لكن
عند أبى يوسف يحلف على السبب وعند محمد على الحاصل والحكم على ما نذكره فى موضعه هذا اذا كانت صغيرة
عند الدعوى فان كانت كبيرة وادعى أن أباها زوجها اياه فى صغرها لا يحلف عند أبى حنيفة لما قلنا من الطريقين
وعندهما لا يحلف أيضا لاحد طريقين وهو انه لو أقر عليها فى الحال لا يصح اقراره ولكن تحلف المرأة عندهما لانها
لو أقرت لصح اقرارها وعندهما الاستحلاف يجرى فيه لكن عند أبى يوسف تحلف على السبب بالله عز وجل ماتعلم
ان أباها زوجها وهى صغيرة الا عند التعرض فتحلف على الحكم كما قال محمد ولو ادعت امرأة على رجل انه زوجها
عبده فأنكر المولى لا يحلف عند أبى حنيفة رحمه الله لطريقين أحدهما انه لو أقر عليه لا يصح اقراره والثانى انه
لا استحلاف فى النكاح عنده وعندهما لا يحلف أيضا لكن لطريق واحد وهو انه لو اقر عليه لا يصح اقراره
ولو ادعى رجل على رجل انه زوجه أمته لا يحلف المولى عند أبى حنيفة وعندهما يحلف لطريق واحد وهو ان

الاستحلاف لايجرى فى النكاح عنده وعندهما يجرى ومنها ان يكون المدعى مما يحتمل البذل عند أبى حنيفة مع كونه محتملا للاقرار وعندهما ان يكون مما يحتمل الاقرار سواء احتمل البذل أولا وعلى هذا يخرج اختلافهم فى الاشياء السبعة انها لايجرى فيها الاستحلاف عند أبى حنيفة وهى النكاح والرجعة والفىء فى الايلاء والنسب والرق والولاء والاستيلاد أما النكاح فهو ان يدعى رجل على امرأة انها امرأته اوتدعى امرأة على رجل انه زوجها ولا بينة للمدعى وطلب يمين المنكر وأما الرجعة فهو ان يقول الزوج للمطلقة بعد انقضاء عدتها قد كنت راجعتك وأنكرت المرأة وعجز الزوج عن اقامة البينة فطلب يمينها وأما الفىء فى الايلاء فهو ان يكون الرجل آلى من امرأته ومضت أربعة أشهر فقال قد كنت فئت اليك بالجماع فلم تبينى فقالت لم تفىء الى ولا بينة للزوج فطلب يمينها وأما النسب فنحو ان يدعى على رجل انه أبوه او ابنه فانكر الرجل ولا بينة له وطلب يمينه وأما الرق فهو ان يدعى على رجل انه عبده فأنكر وقال انه حر الاصل لم يجر عليه رق أبداً ولا بينة للمدعى فطلب يمينه وأما الولاء فانه يدعى على امرأة انه أعتق اباها وان أباها مات وولاؤه بينهما نصفان فأنكرت ان يكون اعتقه وان يكون ولاؤه ثابتاً منه ولا بينة للمدعى فطلب يمينها على ما أنكرت من الولاء وأما الاستيلاد فهو ان تدعى أمة على مولاها فتقول انا أم ولد لمولاى وهذا ولدى فأنكر المولى لايجرى الاستحلاف فى هذه المواضع السبعة عند ابى حنيفة وعندهما يجرى والدعوى من الجانبين تتصور فى الفصول الستة وفى الاستيلاد لا يتصور الا من جانب واحد وهو جانب الامة فاما جانب المولى فلا تتصور الدعوى لانه لو ادعى لثبت بنفس الدعوى وهذا بناء على ما ذكرنا ان النكول بذل عنه وهذه الاشياء لا تحتمل البذل وعندهما اقرار فيه شبهة وهذه الاشياء تثبت بدليل فيه شبهة وجه قولهما ان نكول المدعى عليه دليل كونه كاذباً فى انكاره لانه لو كان صادقاً لما امتنع من اليمين الصادقة فكان النكول اقراراً دلالة الا انه دلالة قاصرة فيها شبهة العدم وهذه الاشياء تثبت بدليل قاصر فيه شبهة العدم ألا ترى انها تثبت بالشهادة على الشهادة وشهادة رجل وامرأتين (ولابى حنيفة) ان النكول يحتمل الاقرار لما قلتم ويحتمل البذل لان العاقل الدين كما يتحرج عن اليمين الكاذبة يتحرج عن التغيير والطعن باليمين ببذل المدعى الا ان حمله على البذل أولى لانا لو جعلناه اقراراً لكذبناه لما فيه من الانكار ولو جعلناه بذلا لم نكذبه لانه يصير فى التقدير كانه قال ليس هذا لك ولكنى لا أمنعك عنه ولا أنازعك فيه فيحصل المقصود من غير حاجة الى التكذيب واذا ثبت ان النكول بذل وهذه الاشياء لاتحتمل البذل فلا تحتمل النكول فلا تحتمل التحليف لانه انما يستحلف المدعى لينكل المدعى عليه فيقضى عليه فاذا لم يحتمل النكول لا يحتمل التحليف

﴿فصل﴾ وأما بيان كيفية اليمين فالكلام فيه يتعلق بموضعين (أحدهما) فى بيان صفة التحليف نفسه انه كيف يحلف والثانى فى بيان صفة المحلوف عليه انه على ماذا يحلف (أما الاول) فالامر لايخلو اما ان كان الحالف مسلماً واما ان كافرا فان كان مسلما فيحلفه القاضى بالله تعالى ان شاء من غير تغليظ لما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم حلف يزيد بن ركانة او ركانة بن عبد يزيد بالله عز وجل ما أردت بالبتة ثلاثا وان شاء غلظ لان الشرع ورد بتغليظ اليمين فى الجملة فانه روى رسول الله صلى الله عليه وسلم حلف ابن صوريا الاعور وغلظ فقال عليه الصلاة والسلام الذى أنزل التوراة على سيدنا موسى عليه الصلاة والسلام ان حد الزنا فى كتابكم هذا وقال مشايخنا ينظر الى حال الحالف ان كان ممن لا يخاف منه الاجتراء على الله تعالى باليمين الكاذبة يكتفى فيه بالله عز وجل من غير تغليظ وان كان ممن يخاف منه ذلك تغلظ لان من العوام من لا يبالى عن الحلف بالله عز وجل كاذباً فاذا غلظ عليه اليمين يمتنع وقال بعضهم ان كان المال المدعى يسيراً يكتفى فيه بالله عز وجل وان كان كثيراً يغلظ وصفة التغليظ ان يقول والله الذى لا اله الا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الذى يعلم من السر ما يعلم من العلانية ونحو ذلك مما يعد تغليظاً فى اليمين وان كان الحالف كافرا فانه يحلف بالله عز وجل أيضاً ذمياً كان أو مشركا لان المشركين لا ينكرون الصانع قال الله تبارك وتعالى جل شأنه ولئن سألتهم من

خلق السموات والارض ليقولن الله فيعظمون اسم الله تعالى عز شأنه و يعتقدون حرمة الاله الا الدهرية والزناقة وأهل الاباحة وهؤلاء أقوام لم يتجاسروا على اظهار نحلتهم فى عصر من الاعصار الى يومنا هذا ونرجو من فضل الله عز وجل على أمة حبيبه صلى الله عليه وسلم ان لا يقدرهم على اظهار ما ينتحلوه الى انقضاء الدنيا وان رأى القاضى ما يكون تغليظاً فى دينه فعل لما روينا ان رسول الله صلى الله عليه وسلم غلظ على ابن صور يادل ان كل ذلك سائغ فيغلظ على اليهودى بالله تعالى عز وجل الذى أنزل التوراة على سيدنا موسى عليه الصلاة والسلام وعلى النصرانى بالله الذى أنزل الانجيل على سيدنا عيسى عليه الصلاة والسلام وعلى المجوسى بالله الذى خلق النار ولا يحلف على الاشارة الى مصحف معين بان يقول بالله الذى أنزل هذا الانجيل أو هذه التوراة لانه قد ثبت تحريف بعضها فلا يؤمن ان تقع الاشارة الى المحرف فيكون التحليف به تعظيما لما ليس بكلام الله عز وجل ولا يبعث هؤلاء الى بيوت عبادتهم من البيعة والكنيسة و بيت النار لان فيه تعظيم هذه المواضع وكذا لا يجب تغليظ اليمين على المسلم بزمان ولا مكان عندنا وقال الشافعى رحمه الله ان كان بالمدينة يحلف عند المنبر وان كان بمكة يحلف عند الميزاب و يحلف بعد العصر والصحيح قولنا لما روينا من الحديث المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه مطلقا عن الزمان والمكان وروى انه اختصم زيد بن ثابت وابن مطيع فى دار الى مروان بن الحكم فقضى على زيد ابن ثابت باليمين عند المنبر فقال له زيد احلف له مكانى فقال له مروان لا والله الا عند مقاطع الحقوق فجعل زيد يحلف ان حقه لحق وأبى ان يحلف عند المنبر فجعل مروان يعجب من ذلك ولو كان ذلك لازما لما احتمل ان يأباه زيد بن ثابت ولان تخصيص التحليف بمكان وزمان تعظيم غير اسم الله تبارك وتعالى وفيه معنى الاشراك فى التعظيم والله عز وجل أعلم (وأما) بيان صفة المحلوف عليه انه على ماذا يحلف فنقول الدعوى لا تخلو اما ان كانت مطلقة عن سبب واما ان كانت مقيدة بسبب فان كانت مطلقة عن سبب بان ادعى عبداً أو جارية أو أرضاً وأنكر المدعى عليه فلا خلاف فى انه يحلف على الحكم وهو ما وقع فيه الدعوى فيقال بالله ماهذا العبد أو الجارية أو الارض لفلان هذا ولا شىء منه وان كانت مقيدة بسبب بان ادعى انه أقرضه ألفاً أو غصبه ألفاً أو أودعه ألفاً وأنكر المدعى عليه فقد اختلف أبو يوسف ومحمد فى انه يحلف على السبب أو على الحكم قال أبو يوسف يحلف على السبب بالله ما استقرضت منه الفا أو ما غصبته الفا أو ما أودعنى الفا الا ان يعرض المدعى عليه ولا يصرح فيقول قد يستقرض الانسان وقد يغصب وقد يودع ولا يكون عليه لما انه أبرأه عن ذلك أو رد الوديعة وأنا لا أبين ذلك لئلا يلزمنى شىء فحينئذ يحلف على الحكم وقال محمد يحلف على الحكم من الابتداء بالله ماله عليك هذه الالف التى ادعى (وجه) قول محمد ان التحليف على السبب تحليف على ما لا يمكنه الحلف عليه عسى لجواز انه وجد منه السبب ثم ارتفع بالابراء أو بالرد فلا يمكنه الحلف على نفى السبب و يمكنه الحلف على نفى الحكم على كل حال فكان التحليف على الحكم أولى (وجه) قول أبى يوسف ماروى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم حلف اليهود بالله وفى باب القسامة على السبب فقال عليه الصلاة والسلام بالله ما قتلتموه ولا علمتم له قاتلا فيجب الاقتداء به ولان الداخل تحت الحلف ما هو الداخل تحت الدعوى والداخل تحت الدعوى فى هذه الصورة مقصودا هو السبب فيحلف عليه فبعد ذلك ان أمكنه الحلف على السبب حلف عليه وان لم يمكنه وعرض فحينئذ يحلف على الحكم وعلى هذا الخلاف دعوى الشراء اذا أنكر المدعى عليه فعند أبى يوسف يحلف على السبب بالله عز وجل ما بعته هذا الشىء الا ان يعرض الخصم والتعريض فى هذا ان يقول قد يبيع الرجل الشىء ثم يعود اليه بهبة أو فسخ أو اقالة أو رد بعيب أو خيار شرط أو خيار رؤية وأنا لا أبين ذلك كى لا يلزمنى شىء فحينئذ يحلف على الحكم بالله تعالى ما بينكما بيع قائم أو شراء قائم بهذا السبب الذى يدعى وهكذا يحلف على قول محمد وعلى هذا دعوى الطلاق بان ادعت امرأة على زوجها انه طلقها ثلاثا أو خالعها على كذا وأنكر الزوج ذلك يحلف على السبب عند أبى يوسف بالله عز وجل ما طلقها ثلاثا أو ما خالعها الا ان يعرض الزوج فيقول الانسان قد يخالع

امرأته

امرأته ثم تعود اليه وقد يطلقها ثلاثاً ثم تعود اليه بعد زوج آخر فحينئذ يحلف بالله عز وجل ماهى حرام عليك بثلاث تطليقات أو بالله عز وجل ماهى مطلقة منك ثلاثاً أو ماهى حرام عليك بالخلع أو ماهى بائن منك ونحو ذلك من العبارات وهكذا يحلف على قول محمد وعلى هذا دعوى العتاق فى الامة بان ادعت امة على مولاها انه اعتقها وهو منكر عند أبى يوسف يحلف المولى على السبب بالله عز وجل ما اعتقها الا ان يعرض لانه يتصور النقض فى هذا والعود اليه بان ارتدت المرأة ولحقت بدار الحرب ثم سباها أو سباها غيره فاشتراها فحينئذ يحلف كما قاله محمد ولو كان الذى يدعى العتق هو العبد فيحلف على السبب بلا خلاف بالله عز وجل ما اعتقه فى الرق القائم للحال فى ملكه لانعدام تصور التعريض لان العبد المسلم لا يحتمل السبى بعد العتق حتى لو كان العبد لم يعرف مسلماً أو كان كافراً يحلف عند محمد على الحكم لاحتمال العود الى الرق لان الذمى اذا نقض العهد ولحق بدار الحرب ثم سبى يسترق بخلاف المسلم فانه يجبر على الاسلام و يقتل ان أبى ولا يسترق وعلى هذا دعوى النكاح وهو تفريع على قولهما لان أبا حنيفة لا يرى الاستحلاف فيه فيقول الدعوى لا تخلو اما ان تكون من الرجل أو من المرأة فان كانت من الرجل وأنكرت المرأة النكاح فعند أبى يوسف يحلف على السبب الا ان يعرض لاحتمال الطلاق والفرقة بسبب ما فحينئذ يحلف على الحكم بالله عز وجل ما بينكما نكاح قائم كما هو قول محمد واما عند أبى حنيفة لو قال الزوج أنا أريد أن أتزوج أختها أو أربعاً سواها فان القاضى لا يمكنه من ذلك لانه اقرار لهذه المرأة انها امرأته فيقول له ان كنت تريد ذلك فطلق هذه ثم تزوج أختها أو أربعاً سواها وان كان دعوى النكاح من المرأة على رجل فانكر فعند أبى يوسف يحلف على السبب الا ان يعرض فيحلف على الحكم كما قاله محمد فاما عند أبى حنيفة لو قالت المرأة انى أريد ان أتزوج فان القاضى لا يمكنها من ذلك لانها قد أقرت ان لها زوجاً فلا يمكنها من التزوج بزوج آخر فان قالت ما الخلاص عن هذا وقد بقيت فى عهدته أبد الدهر وليست لى بينة وهذه تسمى عهدة أبى حنيفة فانه يقول القاضى للزوج طلقها فان أبى أجبره القاضى عليه فان قال الزوج لو طلقتها للزمنى المهر فلا أفعل ذلك يقول له القاضى قل لها ان كنت امرأتى فانت طالق فتطلق لو كانت امرأتك وان لم تكن فلا ولا يلزمك شئ لان المهر لا يلزم بالشك فان أبى يجبره على ذلك فاذا فعل تخلص عن تلك العهدة ولو كانت الدعوى على اجارة الدار أو عبد أو دابة أو معاملة مزارعة فعند أبى يوسف يحلف على السبب الا اذا عرض وعند محمد يحلف على الحكم على كل حال وعند أبى حنيفة ما كان صحيحاً وهو الاجارة يحلف وما كان فاسداً وهو المعاملة والمزارعة لا يحلف أصلا لان الحلف بناء على الدعوى الصحيحة ولم تصح عنده ولو كانت الدعوى فى القتل الخطأ بان ادعى على رجل انه قتل أباه خطأ وانه وجبت الدية فانكر المدعى عليه يحلف على السبب عند أبى يوسف بالله ما قتلت الا اذا عرض وعند محمد على الحكم بالله ليس عليك الدية ولا على عاقلتك وانما يحلف على هذا الوجه لاختلاف المشايخ فى الدية فى فصل الخطأ انها تجب على العاقلة ابتداء أو تجب على القاتل ثم تتحمل عنه العاقلة فان حلف برئ وان نكل يقضى عليه بالدية فى ماله على ما نذكر ان شاء الله تعالى

﴿ فصل ﴾ وأما حكم أدائه فهو انقطاع الخصومة للحال لا مطلقا بل موقتاً الى غاية احضار البينة عند عامة العلماء وقال بعضهم حكمه انقطاع الخصومة على الاطلاق حتى لو أقام المدعى البينة بعد يمين المدعى عليه قبلت بينته عند العامة وعند بعضهم لا تقبل لانه لو أقام البينة لا تبقى له ولاية الاستحلاف فكذا اذا استحلف لا يبقى له ولاية اقامة البينة والجامع ان حقه فى احدهما فلا يملك الجمع بينهما والصحيح قول العامة لان البينة هى الاصل فى الحجة لانها كلام الاجنبى فاما اليمين فكالخلف عن البينة لانها كلام الخصم صير اليها للضرورة فاذا جاء الاصل انتهى حكم الخلف فكأنه لم يوجد أصلا ولو قال المدعى للمدعى عليه احلف وأنت برىء من هذا الحق الذى ادعيته أو أنت برىء من هذا الحق ثم أقام البينة قبلت بينته لان قوله أنت برىء يحتمل البراءة للحال أى برىء عن دعواه وخصومته للحال و يحتمل البراءة عن الحق فلا يجعل ابراء عن الحق بالشك والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ واما حكم الامتناع عن تحصيله فالمدعى عليه اذا نكل عن اليمين فان كان ذلك فى دعوى المال يقضى عليه بالمال عندنا لكن ينبغى للقاضى ان يقول له انى أعرض عليك اليمين ثلاث مرات فان حلفت والا قضيت عليك لجواز ان يكون المدعى عليه ممن لا يرى القضاء بالنكول أو يكون عنده ان القاضى لا يرى القضاء بالنكول أو لحقه حشمة القضاة ومهابة المجلس فى المرة الاولى فكان الاحتياط ان يقول له ذلك فان نكل عن اليمين بعد العرض عليه ثلاثا فان القاضى يقضى عليه عندنا وعند الشافعى رحمه الله لا يقضى بالنكول ولكن يرد اليمين الى المدعى فيحلف فيأخذ حقه احتج الشافعى رحمه الله بقول النبى عليه الصلاة والسلام البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه جعل البينة حجة المدعى واليمين حجة المدعى عليه ولم يذكر عليه الصلاة والسلام النكول فلو كان حجة المدعى لذكره والمعقول انه يحتمل انه نكل لكونه كاذبا فى الانكار فاحترز عن اليمين الكاذبة ويحتمل انه نكل مع كونه صادقا فى الانكار تورعا عن اليمين الصادقة فلا يكون حجة القضاء مع الشك والاحتمال لكن يرد اليمين الى المدعى ليحلف فيقضى له لانه ترجح جنبة الصدق فى دعواه بيمينه وقد ورد الشرع برد اليمين الى المدعى فانه روى أن سيدنا عثمان رضى الله عنه ادعى على المقداد مالا بين يدى سيدنا عمر رضى الله عنه فانكر المقداد وتوجهت عليه اليمين فرد اليمين على سيدنا عثمان وسيدنا عمر جوز ذلك (ولنا) ما روى ان شريحا قضى على رجل بالنكول فقال المدعى عليه أنا أحلف فقال شريح مضى قضائى وكان لا تخفى قضاياه على أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم ينقل انه أنكر عليه منكر فيكون اجماعا منهم على جواز القضاء بالنكول ولانه ظهر صدق المدعى فى دعواه عند نكول المدعى عليه فيقضى له كما لو أقام البينة ودلالة الوصف ان المانع من ظهور الصدق فى خبره انكاره المدعى عليه وقد عارضه النكول لانه كان صادقا فى انكاره لما نكل فزال المانع للتعارض فظهر صدقه فى دعواه وقوله يحتمل انه نكل تورعا عن اليمين الصادقة قلنا هذا احتمال نادر لان اليمين الصادقة مشروعة فالظاهر ان الانسان لا يرضى بفوات حقه تحرزا عن مباشرة أمر مشروع ومثل هذا الاحتمال ساقط الاعتبار شرعا ألا يرى أن البينة حجة القضاء بالاجماع وان كانت محتملة فى الجملة لانها خبر من ليس بمعصوم عن الكذب لكن لما كان الظاهر هو الصدق سقط اعتبار احتمال الكذب كذا هذا وأما الحديث فنقول البينة حجة المدعى وهذا لا ينفى ان يكون غيرها حجة وقوله لو كان حجة لذكره قلنا يحتمل أنه لم يذكره لما قلتم ويحتمل انه لم يذكره نصا مع كونه حجة تسليطا للمجتهدين على الاجتهاد ليعرف كونه حجة بالرأى والاستنباط فلا يكون حجة مع الاحتمال وأما رد اليمين على المدعى فليس بمشروع لما قلنا من قبل وأما حديث المقداد فلا حجة فيه لان فيه ذكر الرد من غير نكول المدعى عليه وهو خارج عن أقاويل الكل فكان مؤولا عند الكل ثم تأويله ان المقداد رضى الله عنه ادعى الايفاء فأنكر سيدنا عثمان رضى الله عنه فتوجهت اليمين عليه ونحن به نقول هذا اذا نكل عن اليمين فى دعوى المال فان كان النكول فى دعوى القصاص فنقول لا يخلو اما أن تكون الدعوى فى القصاص فى النفس واما أن تكون فيما دون النفس فان كان فى النفس فعند أبى حنيفة لا يقضى فيه لا بالقصاص ولا بالمال لكنه يحبس حتى يقر أو يحلف أبدا وان كان الدعوى فى القصاص فى الطرف فانه يقضى بالقصاص فى العمد وبالدية فى الخطأ وعندهما لا يقضى بالقصاص فى النفس والطرف جميعا ولكن يقضى بالارش والدية فيهما جميعا بناء على ان النكول بذل عند أبى حنيفة رحمه الله والطرف يحتمل البذل والاباحة فى الجملة فان من وقعت فى يده آكلة والعياذ بالله تعالى فأمر غيره بقطعها يباح له قطعها صيانة للنفس وبه تبين ان الطرف يسلك مسلك الاموال لانه خلق وقاية للنفس كالمال فاما النفس فلا تحتمل البذل والاباحة بحال وكذا المباح له القطع اذا قطع لا ضمان عليه والمباح له القتل اذا قتل يضمن فكان الطرف جاريا مجرى المال بخلاف النفس فأمكن القضاء بالنكول فى الطرف دون النفس فكان القياس ان لا يستحلف فى النفس عنده كما لا يستحلف فى الاشياء السبعة لان الاستحلاف للتوسل الى المقصود المدعى وهو احياء حقه بالقضاء بالنكول ولا يقضى فيها بالنكول أصلا عنده فكان ينبغى ان لا يستحلف الا انه استحسن فى الاستحلاف فيها لان

الشرع و رد به فى القسامة وجعله حقا مقصودا فى نفسه تعظيما لامر الدم وتفخيما لشأنه لكون اليمين الكاذبة مهلكة
فصار بالنكول مانعا حقا مستحقا عليه مقصودا فيحبس حتى يقر او يحلف بخلاف الاشياء السبعة فان الاستحلاف
فيها للتوسل الى استيفاء المقصود بالنكول وانه لا يقع وسيلة الى هذا المقصود وعندهما النكول اقرار فيه شبهة العدم
لانه اقرار بطريق السكوت وانه محتمل والقصاص يدرأ بالشبهات واذا سقط القصاص للشبهة يجب المال بخلاف
شهادة النساء مع الرجال والشهادة على الشهادة انها لا تقبل فى باب القصاص أصلا لان التعذر هناك من جهة من له
القصاص وهو عدم الاتيان بحجة مظهرة للحق وهى شهادة شهود أصول مذكور والتعذر هنا من جهة من عليه القصاص
وهو عدم التنصيص على الاقرار والاصل ان القصاص اذا بطل من جهة من له القصاص لا تجب الدية واذا بطل من
جهة من عليه تجب الدية وأما فى دعوى السرقة اذا حلف على المال ونكل يقضى بالمال لا بالقطع لان النكول حجة فى
الاموال دون الحدود الخالصة وأما فى حد القذف اذا استحلف على ظاهر الرواية فنكل يقضى بالحد فى ظاهر الاقاويل
لانه بمنزلة القصاص فى الطرف عند أبى حنيفة وعندهما بمنزلة التعزير وقال بعضهم هو بمنزلة سائر الحدود ولا يقضى فيه
بشئ ولا يحلف لانه حد وقيل يحلف و يقضى فيه بالتعزير دون الحد كما فى السرقة يحلف و يقضى بالمال دون القطع
والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان ما تندفع به الخصومة عن المدعى عليه و يخرج عن كونه خصما للمدعى فنقول و بالله التوفيق
انه يخرج عن كونه خصما للمدعى بكون يده غير يد المالك وذلك يعرف بالبينة أو بالاقرار أو بعلم القاضى نحو ما اذا ادعى
على رجل دارا أو ثوبا أو دابة فقال الذى فى يده هو ملك فلان الغائب أودعنيه وجملة الكلام فيه ان المدعى لا يخلو اما
أن يدعى عليه ملكا مطلقا ولم يدع عليه فعلا أو يدعى عليه فعلا فان ادعى ملكا مطلقا ولم يدع عليه فعلا فقال الذى فى
يده أودعنيها فلان الغائب أو رهنها أو آجرها أو أعارها أو غصبتها أو سرقتها أو أخذتها أو انتزعتها أو ضلت منه فوجدتها
وأقام البينة على ذلك تندفع عنه الخصومة عند عامة العلماء وقال ابن أبى ليلى تندفع عنه الخصومة أقام البينة أو لم يقم
وقال ابن شبرمة لا تندفع عنه الخصومة أقام البينة أو لم يقم هذا اذا لم يكن الرجل معروفا بالافتعال والاحتيال فان كان
تندفع عنه الخصومة عند أبى حنيفة ومحمد أيضا وعند أبى يوسف لا تندفع وهى المسئلة المعروفة بالمخمسة والحجج
تعرف فى الجامع وكذلك لو ادعى لنفسه والفعل على غير ذى اليد بأن قال هذا ملكى غصبه منى فلان لانه لم يدع على
ذى اليد فعلا فصار فى حق ذى اليد دعوى مطلقة فكان على الخلاف الذى ذكرنا فاما اذا ادعى فعلا على ذى
اليد بأن قال هذه دارى أو دابتى أو ثوبى أودعتكها أو غصبتنيها أو سرقتها أو استأجرتها أو ارتهنتها منى وقال الذى فى
يديه انها لفلان الغائب أودعنيها أو غصبتها منه ونحو ذلك وأقام البينة على ذلك لا تندفع عنه الخصومة و وجه الفرق
ان ذا اليد فى دعوى الملك المطلق انما يكون خصما بيده ألا ترى انه لو لم يكن المدعى فى يده لم يكن خصما فاذا أقام البينة على ان
اليد لغيره كان الخصم ذلك الغير وهو غائب فاما فى دعوى الفعل فانما يكون خصما بفعله لا بيده ألا ترى أن الخصومة
متوجهة عليه بدون يده واذا كان خصما بفعله بالبينة لا يتبين أن الفعل منه لم يكن فبقى خصما ولو ادعى فعلا لم يسم فاعله
بان قال غصبت منى أو أخذت منى فاقام ذو اليد البينة على الايداع تندفع الخصومة لانه ادعى الفعل على مجهول وانه
باطل فالتحق بالعدم فبقى دعوى ملك مطلق فتندفع الخصومة لانه ادعى الفعل على مجهول وانه باطل فالتحق بالعدم
فبقى دعوى ملك مطلق فتندفع الخصومة ولو قال سرق منى فالقياس ان تندفع الخصومة كما فى الغصب والاخذ
وهو قول محمد وزفر وفى الاستحسان لا تندفع فرقا بين الغصب والاخذ وهو قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما
الله ووجه الفرق يعرف فى الجامع ولو قال المدعى هذه الدار كانت لفلان فاشتريتها منه وقال الذى فى يده أودعنى
فلان الذى ادعيت الشراء من جهته أو سرقتها منه أو غصبتها تندفع عنه الخصومة من غير اقامة البينة على ذلك لانه ثبت
كون يده يد غيره بتصادقهما أما المدعى عليه فظاهر وأما المدعى فبدعواه الشراء منه لان الشراء منه لا يصح بدون

اليد وكذا لو أقام الذي في يديه البينة على اقرار المدعي بذلك لان الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة ولو عاينا اقراره لاندفعت الخصومة كذا هذا وكذلك اذا علم القاضي بذلك لان العلم المستفاد له في زمان القضاء فوق الاقرار لكونه حجة متعدية الى الناس كافة بمنزلة البينة وكون الاقرار حجة مقتصرة على المقر خاصة ثم لما اندفعت الخصومة باقرار المدعي فبعلم القاضي أولى ولو قال الذي في يديه ابتعته من فلان الغائب لا تندفع الخصومة لانه ادعى الملك واليد لنفسه وهذا مقر بكونه خصما فكيف تندفع الخصومة ولو أقام المدعي البينة انه ابتاعه من عبد الله وقال الذي في يديه أودعنيه عبد الله ذلك تندفع الخصومة من غير بينة لانهما تصادقا على الوصول اليه من يد عبد الله فاثبتا اليد له وهو غائب وعلى هذا الاصل مسائل كثيرة في الجامع والله تعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما حكم تعارض الدعوتين مع تعارض البينتين فالكلام فيه يقع في موضعين أحدهما في بيان حكم تعارض الدعوتين مع تعارض البينتين القائمتين على أصل الملك والثاني في بيان حكم تعارض البينتين القائمتين على قدر الملك أما الاول فالاصل ان البينتين اذا تعارضتا في أصل الملك من حيث الظاهر فان أمكن ترجيح احداهما على الاخرى يعمل بالراجح لان البينة حجة من حجج الشرع والراجح ملحق بالمتيقن في أحكام الشرع وان تعذر الترجيح فان أمكن العمل بكل واحدة منهما من كل وجه وجب العمل به وان تعذر العمل بهما من كل وجه وأمكن العمل بهما من وجه وجب العمل بهما لان العمل بالدليلين واجب بقدر الامكان وان تعذر العمل بهما أصلا سقط اعتبارهما والتحقا بالعدم اذ لا حجة مع المعارضة كما لا حجة مع المناقضة وجملة الكلام في هذا الفصل ان الدعوى ثلاثة أنواع دعوى الملك ودعوى اليد ودعوى الحق وزاد محمد مسائل الدعوى على دعوى الملك واليد والنسب (أما) دعوى الملك فلا تخلو اما أن تكون من الخارج على ذي اليد واما أن تكون من الخارجين على ذي اليد (واما) أن تكون من صاحبي اليد أحدهما على الآخر فان كانت الدعوى من الخارج على ذي اليد دعوى الملك وأقاما البينة فلا يخلو اما ان قامت البينتان على ملك مطلق عن الوقت واما ان قامتا على ملك مؤقت واما ان قامت احداهما على ملك مطلق والاخرى على ملك مؤقت وكل ذلك لا يخلو اما ان كانت بسبب واما ان كانت بغير سبب فان قامتا على ملك مطلق عن الوقت فبينة الخارج أولى عندنا وعند الشافعي رحمه الله بينة ذي اليد أولى (وجه) قوله ان البينتين تعارضتا من حيث الظاهر وترجحت بينة ذي اليد باليد فكان العمل بها أولى ولهذا عمل ببينته في دعوى النكاح (ولنا) ان البينة حجة المدعي لقوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعي وذو اليد ليس بمدع فلا تكون البينة حجته والدليل على انه ليس بمدع ما ذكرنا من تحديد المدعي انه اسم لمن يخبر عما في يد غيره لنفسه والموصوف بهذه الصفة هو الخارج لا ذو اليد لانه يخبر عما في يد نفسه لنفسه فلم يكن مدعيا فالتحقت بينته بالعدم فبقيت بينة الخارج بلا معارض فوجب العمل بها ولان بينة الخارج أظهرت له سبق الملك فكان القضاء بها أولى كما اذا وقتت البينتان نصا ووقتت بينة الخارج دلالة ودلالة الوصف انها أظهرت له سبق اليد لانهم شهدوا له بالملك المطلق ولا تحل لهم الشهادة بالملك المطلق الا بعلمهم به ولا يحصل العلم بالملك الا بعد العلم بدليل الملك ولا دليل على الملك المطلق سوى اليد فاذا شهدوا للخارج فقد أثبتوا كون المال في يده وكون المال في يد ذي اليد ظاهر ثابت للحال فكانت يد الخارج سابقة على يده فكان ملكه سابقا ضرورة واذا ثبت سبق الملك للخارج يقضى ببينته لانه لما ثبت له الملك واليد في هذه العين في زمان سابق ولم يعرف لثالث فيها يد وملك علم أنها انتقلت من يده اليه فوجب اعادة يده ورد المال اليه حتى يقيم صاحب اليد الآخر الحجة انه بأي طريق انتقل اليه كما اذا عاين القاضي كون المال في يد انسان ويدعيه لنفسه ثم رآه في يد غيره فانه يأمره بالرد اليه اذا ادعاه ذلك الرجل الى ان يبين سببا صالحا للانتقال اليه وكذا اذا أقر المدعى عليه أن هذا المال كان في يد المدعي فانه يؤمر بالرد اليه الى أن يبين بالحجة طريقا صالحا للانتقال اليه كذلك هذا وصار كما اذا ارخا نصا وتاريخ أحدهما أسبق لان هذا تاريخ من حيث المعنى بخلاف النتاج لان هناك لم يثبت

سبق

سبق الخارج لانعدام تصور السبق والتأخير فيه لان النتاج مما لا يحتمل التكرار فيطلب الترجيح من وجه آخر فترجح بينة صاحب اليد باليد وهنا بخلافه هذا اذا اقامت البينتان على ملك مطلق عن الوقت من غير سبب فأما اذا قامتا على ملك موقت من غير سبب فان استوى الوقتان يقضى للخارج لانه بطل اعتبار الوقتين للتعارض فبقى دعوى ملك مطلق وان كان أحدهما أسبق من الآخر يقضى للاسبق وقتاً أيهما كان فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف ومحمد رحمهم الله تعالى و روى ابن سماعة عن محمد انه رجع عن هذا القول عند رجوعه من الرقة وقال لا تقبل من صاحب اليد بينة على وقت وغيره الا فى النتاج والصحيح جواب ظاهر الرواية لان بينة صاحب الوقت الاسبق أظهرت الملك له فى وقت لا ينازعه فيه أحد فيدفع المدعى الى أن يثبت بالدليل سببا للانتقال عنه الى غيره وان أقامت احداهما على ملك مطلق والاخرى على ملك موقت من غير سبب لا عبرة للوقت عندهما و يقضى للخارج وعند أبى يوسف يقضى لصاحب الوقت أيهما كان وروى عن أبى حنيفة رحمه الله مثله (وجه) قول أبى يوسف أن بينة صاحب الوقت أظهرت الملك له فى وقت خاص لا يعارضها فيه بينة مدعى الملك المطلق بيقين بل تحتمل المعارضة وعدمها لان الملك المطلق لا يتعارض للوقت فلا تثبت المعارضة بالشك ولهذا لو ادعى كل واحد من الخارجين على ثالث وأقام كل واحد منهما البينة انه اشتراه من رجل واحد ووقتت بينة أحدهما وأطلقت الاخرى انه يقضى لصاحب الوقت كذا هذا ولهما أن الملك احتمل السبق والتأخير لان الملك المطلق يحتمل التأخير والسبق لجواز أن صاحب البينة المطلقة لو وقتت بينته كان وقتها أسبق فوقع الاحتمال فى سبق الملك الموقت فسقط اعتبار الوقت فبقى دعوى مطلق الملك فيقضى للخارج بخلاف الخارجين اذا ادعيا الشراء من رجل واحد لان البائع اذا كان واحداً فقد اتفقا على تلقى الملك منه ببيعه وانه أمر حادث وقد ظهر بالتاريخ أن شراء صاحب الوقت أسبق ولا تاريخ مع الآخر وشراؤه أمر حادث ولا يعلم تاريخه فكان صاحب التاريخ أولى هذا اذا اقامت البينتان من الخارج وذى اليد على ملك مطلق أو موقت من غير سبب فأما اذا كان فى دعوى ذلك بسبب فان كان السبب هو الارث فكذلك الجواب حتى لو قامت البينتان على ملك مطلق بسبب الارث بأن أقام كل واحد منهما البينة على انه ملكه مات أبوه وتركه ميراثا له يقضى للخارج بلا خلاف بين أصحابنا رحمهم الله وكذلك ان قامتا على ملك موقت واستوى الوقتان لانه سقط اعتبار الوقتين للتعارض فبقى دعوى مطلق الملك وان كان أحدهما أسبق من الآخر يقضى لاسبقهما وقتا أيهما كان فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف ومحمد الاول وفى قول محمد الآخر يقضى للخارج لان دعوى الارث دعوى ملك الميت فكل واحدة من البينتين أظهرت ملك الميت لكن قام الوارث مقام الميت فى ملك الميت فكان الوارثين ادعيا ملكا مطلقا أو موقتا من غير سبب وهناك الجواب هكذا فى الفصول كلها من الاتفاق والاختلاف الا فى فصل واحد وهو ما اذا اقامت احدى البينتين على ملك مطلق والاخرى على ملك موقت فان هنا يقضى للخارج بالاتفاق ولا عبرة للوقت كما لا عبرة له فى دعوى المورثين وهذا على أصل أبى حنيفة ومحمد يطرد على أصل أبى يوسف فيشكل وان كان السبب هو الشراء بأن ادعى الخارج انه اشترى هذه الدار من صاحب اليد بألف درهم ونقده الثمن وادعى صاحب اليد انه اشتراها من الخارج ونقده الثمن وأقام كل واحد منهما البينة على ذلك فان أقاما البينة على الشراء من غير وقت ولا قبض لا تقبل البينتان فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف ولا يجب لواحد منهما على صاحبه شىء ويترك المدعى فى يد ذى اليد وعند محمد يقضى بالبينتين و يؤمر بتسليم المدعى الى الخارج (وجه) قول محمد ان التوفيق بين الدليلين واجب بقدر الامكان وأمكن التوفيق هنا بين البينتين بتصحيح العقدين بأن يجعل كان صاحب اليد اشتراه أولا من الخارج وقبضه ثم اشتراه الخارج من صاحب اليد ولم يقبضه حتى باعه من صاحب اليد فيوجد العقدان على الصحة لكن بتقدير تاريخ وقبض وفى هذا التقدير تصحيح العقدين فوجب القول به ولا وجه للقول بالعكس من ذلك بأن يجعل كأن الخارج اشترى أولا من صاحب اليد ولم يقبضه حتى باعه من صاحب اليد لان

فى هذا التقدير افساد العقد الاخير لانه بيع العقار المبيع قبل القبض وانه غير جائز عنده فتعين تصحيح العقدين بالتقدير الذى قلنا واذا صح العقدان يبقى المشترى فى يد صاحب اليد فيؤمر بالتسليم الى الخارج (وجه) قول أبى يوسف وأبى حنيفة ان كل مشترى يكون مقرا بكون البيع ملكا للبائع فكان دعوى الشراء من كل واحد منهما اقرارا بملك المبيع لصاحبه فكان البينتان قائمتين على اقرار كل واحد منهما بالملك لصاحبه و بين موجبى الاقرارين تناف فتعذر العمل بالبينتين أصلا وان وقت البينتان ووقت الخارج أسبق فاذا لم يذكر واقبضاً يقضى بالدار لصاحب اليد عندهما وعند محمد يقضى للخارج لان وقت الخارج اذا كان أسبق جعل كانه اشترى الدار أولا ولم يقبضها حتى باعها من صاحب اليد عند أبى حنيفة وأبى يوسف وعند محمد يقضى للخارج لان وقت الخارج اذا كان أسبق جعل كانه اشترى الدار أولا ولم يقبضها حتى باعها من صاحب اليد و بيع العقار قبل القبض لا يجوز عند محمد واذا لم يجز بقى على ملك الخارج وعندهما ذلك جائز فصح البيعان ولو ذكروا القبض جاز البيعان و يقضى بالدار لصاحب اليد بالاجماع لان بيع العقار بعد القبض جائز بلا خلاف فيجوز البيعان (وأما) اذا كان وقت صاحب اليد أسبق ولم يذكروا قبضاً يقضى بها للخارج لانه اذا كان وقته أسبق يجعل سابقا فى الشراء كانه اشترى من الخارج وقبض ثم اشترى منه الخارج ولم يقبض فيؤمر بالدفع اليه وكذلك ان ذكروا قبضاً لانه يقدر كانه اشترى من صاحب اليد أولا وقبض ثم اشترى الخارج منه وقبض ثم عادت الى يد صاحب اليد بوجه آخر وان كان السبب هو النتاج وهو الولادة فى الملك فنقول لا يخلو اما ان قامت البينتان على النتاج واما ان قامت احداهما على النتاج والاخرى على الملك المطلق فان قامت البينتان على النتاج فلا يخلو اما ان كانت البينتان مطلقتين عن الوقت واما ان وقتا وقتاً فان لم يوقتا وقتاً يقضى لصاحب اليد لان البينة القائمة على النتاج قائمة على أولية الملك وقد استوت البينتان فى اظهار الاولية فتترجح بينة صاحب اليد باليد فيقضى ببينته وقد روى عن جابر رضى الله عنه أن رجلا ادعى بين يدى رسول الله صلى الله عليه وسلم نتاج ناقة فى يد رجل وأقام البينة عليه وأقام ذو اليد البينة على مثل ذلك فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالناقة لصاحب اليد وهذا ظاهر مذهب أصحابنا وقال عيسى بن ابان من أصحابنا انه لا يقضى لصاحب اليد بل تتهاتر البينتان و يترك المدعى فى يد صاحب اليد قضاء ترك وهذا خلاف مذهب أصحابنا فانه نص على لفظة القضاء والترك فى يد صاحب اليد لا يكون قضاء حقيقة وكذا فى الحديث الذى رويناه عن النبى عليه الصلاة والسلام انه قضى بذلك لصاحب اليد وكذلك فى دعوى النتاج من الخارجين على ثالث يقضى بينهما نصفين ولا يترك فى يد صاحب اليد دل ان ما ذكره خلاف مذهب أصحابنا ولو أقام أحدهما البينة على النتاج والآخر على الملك المطلق عن النتاج فبينة النتاج أولى لما قلنا انها قامت على أولية الملك لصاحبه فلا تثبت لغيره الا بالتلقى منه وأما ان وقتت البينتان فان اتفق الوقتان فكذلك السقوط اعتبارهما للتعارض فبقى دعوى الملك المطلق وان اختلفا يحكم سن الدابة فتقضى لصاحب الوقت الذى وافقه السن لانه ظهر أن البينة الاخرى كاذبة بيقين هذا اذا علم سنها فأما اذا أشكل سقط اعتبار التاريخ لانه يحتمل أن يكون سنها موافقا لهذا الوقت و يحتمل أن يكون موافقا لذلك الوقت و يحتمل أن يكون مخالفا لهما جميعا فيسقط اعتبارهما كانهما سكتا عن التاريخ أصلا وان خالف سنها الوقتين جميعا سقط الوقت كذا ذكره فى ظاهر الرواية لانه ظهر بطلان التوقيت فكانهما لم يوقتا فبقيت البينتان قائمتين على مطلق الملك من غير توقيت وذكر الحاكم فى مختصره أن فى رواية أبى الليث تتهاتر البينتان قال وهو الصحيح (ووجهه) أن سن الدابة اذا خالف الوقتين فقد تيقنا بكذب البينتين فالتحقتا بالعدم فيترك المدعى فى يد صاحب اليد كما كان والجواب أن مخالفة السن الوقتين يوجب كذب الوقتين لا كذب البينتين أصلا ورأسا وكذلك لو اختلفا فى جارية فقال الخارج انها ولدت فى ملكى من أمتى هذه وقال صاحب اليد كذلك يقضى لصاحب اليد لما قلنا وكذلك لو اختلفا فى الصوف والمرعزى وأقام كل واحد منهما بينة انه له جزه فى ملكه يقضى لصاحب اليد وكذلك لو اختلفا فى الغزل وأقام كل واحد منهما البينة انه له غزله

من قطن هوله يقضى لصاحب اليد والاصل أن المنازعة اذاوقعت فى سبب ملك لا يحتمل التكرار كان بمنزلة النتاج
فيقضى لصاحب اليد فاذاوقعت فى سبب ملك يحتمل التكرار لا يكون فى معنى النتاج و يقضى للخارج وان أشكل
الامر فى الملك انه يحتمل التكرار أولا يقضى للخارج أيضا فعلى هذا اذا اختلفا فى اللبن فأقام كل واحد منهما البينة
انه له حلب فى يده وفى ملكه يقضى لصاحب اليد لان اللبن الواحد لا يحتمل الحلب مرتين فكان فى معنى النتاج
وكذلك لو ادعى كل واحد منهما أن الشاة التى حلب منها اللبن نتجت عنده يقضى لصاحب اليد بالشاة واللبن جميعا
وكذلك لو اختلفا فى جبن وأقام كل واحد منهما البينة انه له صنعه فى ملكه يقضى لصاحب اليد لان اللبن الواحد
لا يحتمل أن يصنع جبنا مرتين فكان بمنزلة النتاج ولو اختلفا فى الارض والنخل وادعى كل واحد منهما انه أرضه
غرس النخل فيها يقضى بها للخارج لان هذا ليس فى معنى النتاج لان النتاج سبب لملك الولد والغرس ليس بسبب
لملك الارض وكذا الغرس مما يحتمل التكرار فلم يكن فى معنى النتاج وكذلك لو اختلفا فى الحبوب النابتة والقطن
الثابت ادعى كل واحد منهما انه له زرعه فى أرضه فانه يقضى بالارض والحب والقطن للخارج وكذلك لو اختلفا فى
البناء ادعى كل واحد منهما انه بنى على أرضه لما قلنا ولو اختلفا فى حلى مصوغ ادعى كل واحد منهما انه صاغه فى
ملكه يقضى للخارج لان الصياغة تحتمل التكرار فلم تكن فى معنى النتاج ولو اختلفا فى ثوب خز أو شعر وأقام كل
واحد منهما البينة انه له نسجه فى ملكه فان علم أن ذلك لا ينسج الا مرة واحدة يقضى لصاحب اليد لانه بمنزلة النتاج
وان علم انه ينسج مرتين يقضى للخارج وكذا ان كان مشكلا وكذلك لو اختلفا فى سيف مطبوع وادعى كل واحد
منهما انه طبع فى ملكه يرجع فى هذا الى أهل العلم بذلك ولو اختلفا فى جارية وأقام كل واحد منهما البينة أن أمها أمته
وانها ولدت هذه فى ملكه يقضى بالجارية وبأمها للخارج لان هذا ليس دعوى النتاج بل هو دعوى الملك المطلق
وهو ملك الام والبينة بينة الخارج فى الملك المطلق فيقضى بالام للخارج ثم يملك الولد بملك الام وكذلك لو اختلفا فى
الشاة مع الصوف وأقام كل واحد منهما البينة أن هذه الشاة مملوكة له وأن هذا صوف هذه الشاة يقضى بالشاة والصوف
للخارج لما قلنا شاتان احداهما بيضاء والاخرى سوداء وهما فى يد رجل فأقام الخارج البينة على أن الشاة
البيضاء شاته ولدتها السوداء فى ملكه وأقام صاحب اليد البينة على أن السوداء شاته ولدتها البيضاء فى ملكه
يقضى لكل واحد منهما بالشاة التى شهدت شهوده انها ولدت فى ملكه فيقضى للخارج بالبيضاء ولصاحب اليد
بالسوداء لان بينة الخارج قامت على النتاج فى البيضاء و بينة ذى اليد قامت فيها على ملك مطلق فبينة النتاج أولى
كذا بينة ذى اليد قامت على النتاج فى السوداء و بينة الخارج فيها قامت على ملك مطلق فبينة النتاج أولى ولو اختلفا
فى اللبن الذى صنع منه الجبن فأقام كل واحد منهما البينة أن اللبن الذى صنع منه الجبن فى ملكه فيقضى للخارج لان
البينة القائمة على ملك اللبن قائمة على ملك مطلق لا على أولية الملك فبينة الخارج أولى فى دعوى الملك المطلق ولو ادعى
عبدا فى يد انسان انه اشتراه من فلان وانه ولد فى ملك الذى اشتراه منه وأقام ذو اليد البينة انه اشتراه من رجل آخر
وانه ولد فى ملكه يقضى لصاحب اليد لان دعوى الولادة فى ملك بائعه بمنزلة دعوى الولادة فى ملكه لانه تلقى الملك
من جهته وهناك يقضى له كذا هذا وكذلك لو ادعى ميراثا أو هبة أو صدقة أو وصية وانه ولد فى ملك المورث
والواهب والموصى فانه يقضى لصاحب اليد لما قلنا ولو ادعى الخارج مع ذى اليد كل واحد منهما النتاج فقضى
لصاحب اليد ثم جاء رجل وادعى النتاج وأقام البينة عليه يقضى له الا أن يعيد صاحب اليد البينة على النتاج فيكون هو
أولى لان القضاء على المدعى الاول لا يكون قضاء على المدعى الثانى فلم يكن الثانى مقضيا عليه فتسمع البينة منه فرق
بين الملك و بين العتق أن القضاء بالعتق على شخص واحد يكون قضاء على الناس كافة والقضا بالملك على شخص
واحد لا يكون قضاء على غيره وان كانت بينة النتاج توجب الملك بصفة الاولية وانه لا يحتمل التكرار كالعتق
(ووجه) الفرق ان العتق حق الله تعالى ألا ترى ان العبد لا يقدر على ابطاله حتى لا يجوز استرقاق الحر برضاه ولو كان

حق العبد لقدر على ابطاله كالرق واذا كان حق الله تعالى فالناس فى اثبات حقوقه خصوم عنه بطريق النيابة لكونهم عبيده فكان حضرة الواحد كحضرة الكل والقضاء على الواحد قضاء على الكل لاستوائهم فى العبودية كالورثة لما قاموا مقام الميت فى اثبات حقوقه والدفع عنه لكونهم خلفاءه فقام الواحد منهم مقام الكل لاستوائهم فى الخلافة بخلاف الملك فانه خالص حق العبد فالحاضر فيه لا ينتصب خصما عن الغائب الا بالانابة حقيقة أو بثبوت النيابة عنه شرعا واتصال بين الحاضر والغائب فيما وقع فيه الدعوى على ما عرف ولم يوجد شىء من ذلك فالقضاء على غيره يكون قضاء على الغائب من غير أن يكون عنه خصم حاضر وهذا لا يجوز ولو شهد الشهود ان هذه الحنطة من زرع حصد من أرض هذا الرجل لم يكن لصاحب الارض أن يأخذها لانه يحتمل أن يكون البذر لغيره وملك الزرع يتبع ملك البذر لا ملك الارض ألا ترى ان الارض المغصوبة اذا زرعها الغاصب من بذر نفسه كانت الحنطة له ولو شهدوا ان هذه الحنطة من زرع هذا أو هذا التمر من نخل هذا يقضى له لان ملك الحنطة والتمر يتبع ملك الزرع والنخل ولو قالوا هذه الحنطة من زرع كان من أرضه لم يقض له لانهم لو شهدوا انه حصد من أرضه لم يقض له فهذا أولى ولو شهدوا أن هذا اللبن وهذا الصوف حلاب شاته وصوف شاته لم يقض له لجواز ان تكون الشاة له وحلابها وصوفها لغيره بأن أوصى بذلك لغيره هذا الذى ذكرنا كله فى دعوى الخارج الملك فاما دعوى الخارجين على ذى اليد الملك فنقول لا تخلو فى الاصل من أحد وجهين اما ان يدعى كل واحد منهما قدر ما يدعى الآخر واما ان يدعى أكثر مما يدعى الآخر فان ادعى كل واحد منهما قدر ما يدعى الآخر فهو على التفصيل الذى ذكرنا أيضا وهو ان البينتين اما ان قامتا على ملك مطلق عن الوقت واما ان قامتا على ملك موقت واما ان قامت احداهما على ملك مطلق والاخرى على ملك موقت وكل ذلك بسبب أو بغير سبب فان قامت البينتان على ملك مطلق من غير سبب فانه يقضى بالمدعى بينهما نصفان عند أصحابنا وللشافعى رحمه الله قولان فى قول تهاتر البينتان و يترك المدعى فى يد صاحب اليد وفى قول يقرع بينهما فيقضى لمن خرجت له القرعة منهما وجه قول الشافعى رحمه الله ان العمل بالبينتين متعذر لتناف بين موجبهما لاستحالة كون العين الواحدة مملوكة لاثنين على الكمال فى زمان واحد فيبطلان جميعا اذ ليس العمل باحداهما أولى من العمل بالاخرى لاستوائهما فى القوة أو ترجح احداهما بالقرعة لورود الشرع بالقرعة فى الجملة (ولنا) ان البينة دليل من أدلة الشرع والعمل بالدليلين واجب بالقدر الممكن فان أمكن العمل بهما من كل وجه يعمل بهما من كل وجه وان لم يمكن العمل بهما من كل وجه يعمل بهما من وجه كما فى سائر دلائل الشرع من ظواهر الكتاب والسنن المشهورة وأخبار الآحاد والاقيسة الشرعية اذا تعارضت وهنا ان تعذر العمل بالبينتين باظهار الملك فى كل المحل أمكن العمل بهما باظهار الملك فى النصف فيقضى لكل واحد منهما بالنصف ولو قامتا على ملك موقت من غير سبب فان استوى الوقتان فكذلك الجواب لانه اذا لم يثبت سبق أحدهما بحكم التعارض سقط التاريخ والتحق بالعدم فبقى دعوى الملك المطلق وان كان وقت أحدهما أسبق من الآخر فالاسبق أولى بالاجماع ولا يجىء هنا خلاف محمد رحمه الله لان البينة من الخارج مسموعة بلا خلاف والبينتان قامتا من الخارجين فكانتا مسموعتين ثم ترجح احداهما بالتاريخ لانها أثبتت الملك فى وقت لا تعارضها فيه الاخرى فيؤمر بالدفع اليه الى ان يقوم الدليل على انه بأى طريق انتقل اليه الملك وان أرخت احداهما وأطلقت الاخرى من غير سبب يقضى بينهما نصفين عند أبى حنيفة ولا عبرة للتاريخ وعند أبى يوسف يقضى لصاحب الوقت وعند محمد يقضى لصاحب الاطلاق وجه قول محمد ان البينة القائمة على الملك المطلق أقوى لان الملك المطلق ملكه من الاصل حكما ألا ترى انه يظهر فى الزوائد وتستحق به الاولاد والاكساب وهذا حكم ظهور الملك من الاصل ولا يستحق ذلك بالملك الموقت فكانت البينة القائمة عليه أقوى فكان القضاء بها أولى (وجه) قول أبى يوسف رحمه الله ما ذكرنا ان البينة المؤرخة تظهر الملك فى زمان لا تعارضها فيه البينة المطلقة عن التاريخ

بيقين

بيقين بل تحتمل المعارضة وعدمها فلا تثبت المعارضة بالشك فتثبت بينة صاحب التاريخ بلا معارض فكان صاحب التاريخ أولى وجه قول أبي حنيفة رحمه الله ما مر أيضاً ان الملك الموقت يحتمل أن يكون سابقا ويحتمل أن يكون متأخرا لاحتمال أن صاحب الاطلاق لو أرخ لكان تاريخه أقدم يثبت السبق مع الاحتمال فسقط اعتبار التاريخ فبقي دعوى الملك المطلق هذا اذا أقامت البينتان من الخارجين على ذي اليد على الملك من غير سبب فان كان ذلك بسبب فنقول لا يخلو اما ان ادعيا الملك بسبب واحد من الارث أو الشراء أو النتاج ونحوها واما ان ادعياه بسببين فان ادعيا الملك بسبب واحد فان كان السبب هو الارث فان لم توقت البينتان فهو بينهما نصفان لما ذكرنا ان الملك الموروث هو ملك الميت بعد موته وانما الوارث يخلفه ويقوم مقامه في ملكه ألا ترى أنه يجهز من التركة ويقضى منها ديونه ويرد الوارث بالعيب ويرد عليه فكان المورثين حضرا وادعيا ملكا مطلقا عن الوقت وان وقتا وقتا فان كان وقتهما واحدا فكذلك لما مر وان كان أحد الوقتين أسبق يقضى لمن هو أسبق وقتا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وعند محمد رحمه الله يقضى بينهما نصفين ولا عبرة للتاريخ عنده في الميراث لما مر أن الموروث ملك الميت والوارث قام مقامه فلم يكن الموت تاريخا لملك الوارث فسقط التاريخ لملكه والتحق بالعدم فبقي دعوى الملك المطلق عن التاريخ فيستويان فيه وعن محمد انهما ان لم يؤرخا ملك الميتين فكذلك فاما اذا أرخا ملك الميتين فيقضى لاسبقهما تاريخا ذكره في نوادر هشام وأبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله يقولان بل الوارث باقامة البينة يظهر الملك للمورث لا لنفسه فيصير كانه حضر المورثان وأقام كل واحد منهما بينة مؤرخة وتاريخ أحدهما أسبق ولو كان كذلك لقضى لاسبقهما وقتا لاثباته الملك في وقت لا نعارضه فيه بينة الآخر كذا هذا ولو وقتت احداهما ولم توقت الاخرى يقضى بينهما نصفان بالاجماع أما عند محمد فان التاريخ في باب الميراث ساقط فالتحق بالعدم وأما عندهما فيصير كان المورثين الخارجين حضرا وادعيا ملكا فأرخه أحدهما ولم يؤرخه الآخر وهناك كان المدعى بينهما نصفين فكذا هنا لانهما ادعيا تلقي الملك من رجلين ولا عبرة فيه بالتاريخ وان كان السبب هو الشراء فنقول لا تخلو اما أن تكون الدار في يد ثالث واما ان تكون في يد أحدهما وكل ذلك لا يخلو اما ان ادعيا الشراء من واحد واما ان ادعياه من اثنين فان كانت في يد ثالث وادعيا الشراء من واحد فان كان صاحب اليد وأقاما البينة على الشراء منه بثمن معلوم ونقد الثمن مطلقا عن التاريخ وذكر القبض يقضى بينهما نصفين عندنا وللشافعي فيه قولان في قول تهاتر البينتان وفي قول يقرع بينهما فيقضى لمن خرجت له القرعة وهي مسألة التهاتر وقد تقدمت واذا قضى بالدار بينهما نصفين يكون لهما الخيار ان شاء أخذ كل واحد منهما نصف الدار بنصف الثمن وان شاء نقض لان غرض كل واحد منهما من الشراء الوصول الى جميع المبيع ولم يحصل فاوجب ذلك خللا في الرضا فلذلك أثبت لهما الخيار فان اختار كل واحد منهما أخذ نصف الدار رجع على البائع بنصف الثمن لانه لم يحصل له الا نصف المبيع وان اختار الرد رجع كل واحد منهما بجميع الثمن لانه انفسخ البيع فان اختار أحدهما الرد والآخر الاخذ فان كان ذلك بعد قضاء القاضي وتخييره اياهما فليس له ان يأخذ الا النصف بنصف الثمن لان حكم القاضي بذلك أوجب انفساخ العقد في حق كل واحد منهما في النصف فلا يعود الا بالتحديد كما اذا قضى القاضي بالدار المشفوعة للشفيعين ثم سلم أحدهما الشفعة لا يكون لصاحبه الا نصف الدار فاما اذا اختار أحدهما ترك الخصومة قبل تخيير القاضي فللآخر ان يأخذ جميع المبيع بجميع الثمن لان المستحق بالعقد كل البيع والامتناع بحكم المزاحمة فاذا انقطعت فقد زال المانع كاحد الشفيعين اذا سلم الشفعة قبل قضاء القاضي بالدار المشفوعة يقضى لصاحبه بالكل وكذلك اذا ادعى كل واحد منهما الشراء من رجل آخر سوى صاحب اليد وأقام البينة على ذلك يقضى بالدار بينهما نصفين عندنا وثبت الخيار لكل واحد منهما والكلام في توابع الخيار على نحو ما بينا غير أن هناك الشهادة القائمة على الشراء من صاحب اليد وهو البائع تقبل من غير ذكر الملك له والشهادة القائمة على الشراء من غير صاحب اليد لا تقبل الا بذكر الملك للبائع لان المبيع في الفصل الاول في يد البائع

والبد دليل الملك فوقعت الغنية عن ذكره وفى الفصل الثانى المبيع ليس فى يد البائع فدعت الحاجة الى ذكره لصحة
البيع هذا اذا لم تؤرخ البينتان فاما اذا أرختا فان استوى التاريخان فكذلك لسقوط اعتبارهما بالتعارض فبقى
دعوى مطلق الشراء وان كانت احداهما أسبق تاريخا كانت أولى بالاجماع لانها تظهر الملك فى وقت لا تعارضها فيه
الاخرى فتندفع بها الاخرى ولو أرخت احداهما وأطلقت الاخرى فالمؤرخة أولى لانها تظهر الملك فى زمان
[illegible]ين والاخرى لا تتعرض للوقت فتحتمل السبق والتأخير فلا تعارضها مع الشك والاحتمال ولو لم تؤرخ البينتان
ولكن ذكرت احداهما القبض فهى أولى لانها لما أثبتت قبض المبيع جعل كان بيع صاحب القبض أسبق
فيكون أولى وكذلك لو ذكرت احداهما تاريخا والاخرى قبضا فبينة القبض أولى الا ان تشهد بينة التاريخ أن
شراءه قبل شراء الآخر فيقضى له ويرجع الآخر بالثمن على البائع وكذا لو أرختا تاريخا واحدا وذكرت احداهما
القبض فبينه القبض أولى الا اذا كان وقت الآخر أسبق هذا اذا ادعيا الشراء من واحد وهو صاحب اليد أو
غيره فاما اذا ادعيا الشراء من اثنين سوى صاحب اليد مطلقا عن الوقت وأقاما البينة على ذلك يقضى بينهما
نصفين لانهما ادعيا تلقى الملك من من البائعين فقاما مقامهما فصار كان البائعين الخارجين حضرا وأقاما البينة على
ملك مطلق ولو كان كذلك يقضى بينهما نصفين كذا هذا ويثبت لهما الخيار والكلام فى الخيار على نحو ما ذكرنا
ولو وقتت البينتان فان كان وقتهما واحدا فكذلك وان كان أحدهما أسبق من الآخر فالاسبق تاريخا أولى
عند أبى حنيفة وأبى يوسف وكذا عند محمد فى رواية الاصول بخلاف الميراث انه يكون بينهما نصفان عنده ووجه
الفرق له ذكره الدارى وهو أن المشترى يثبت الملك لنفسه والوارث يثبت الملك للميت وعن محمد فى الاملاء انه سوى
بين الميراث والشراء وقال لا عبرة بالتاريخ فى الشراء أيضا الا أن يؤرخا ملك البائعين وان وقتت احداهما ولم توقت
الاخرى يقضى بينهما نصفين ولا عبرة للتاريخ أيضا فرق بين هذا وبين ما اذا ادعيا الشراء من رجل واحد
فوقتت بينة أحدهما وأطلقت الاخرى أن بينة الوقت أولى ووجه الفرق انهما اذا ادعيا الشراء من اثنين فقد
ادعيا تلقى الملك من البائعين فتاريخ احدى البينتين لا يدل على سبق أحد الشراءين بل يجوز ان يكون شراء صاحبه
أسبق من شرائه فلا يحكم بسبق أحدهما مع الاحتمال فيقسم بينهما نصفين بخلاف ما اذا ادعيا الشراء من واحد لان
هناك اتفقا على تلقى الملك من واحد فتاريخ احدى البينتين أوجب تلقى الملك منه فى زمان لا ينازعه فيه أحد فيؤمر
بالدفع اليه حتى يقوم على التلقى منه دليل آخر هذا اذا كانت الدار فى يد ثالث فان كانت فى يد أحدهما فان ادعيا
الشراء من واحد فصاحب اليد أولى سواء أرخ الآخر أو لم يؤرخ وسواء ذكر شهود القبض أو لم يذكر لان القبض
من صاحب اليد أقوى لثبوته حسا ومشاهدة وقبض الآخر لم يثبت الا ببينة تحتمل الصدق والكذب فكان
القبض المحسوس أولى فصار الحاصل ان القبض الثابت بالحس أولى من الثابت بالخبر ومن التاريخ أيضا والقبض
الثابت بالخبر أولى من التاريخ وان ادعيا الشراء من اثنين يقضى للخارج سواء وقتت البينات أولا أو وقتت
احداهما دون الاخرى الا اذا وقتا ووقت صاحب اليد أسبق لانهما ادعيا تلقى الملك من البائعين فقاما مقام البائعين
فصار كان البائعين حضرا وأقاما البينة ولو كان كذلك يقضى للخارج كذا هذا بخلاف ما اذا كان البائع واحدا
لانهما اتفقا على أن الملك لهما بالشراء من جهته ولاحدهما يد فيجعل كان شراء صاحب اليد أسبق وان كان السبب
هو النتاج بان ادعى كل واحد من الخارجين انها دابته نتجت عنده فان أقام كل واحد منهما البينة على ملك مطلق
يقضى بينهما نصفين لاستواء الحجتين وتعذر العمل بهما باظهار الملك فى كل المحل فليعمل بهما بالقدر الممكن وان أقاما
البينة على ملك موقت فان اتفق الوقتان فكذلك وان اختلفا يحكم سن الدابة ان علم وان أشكل فعند أبى حنيفة
يقضى لاسبقهما وقتا وعندهما يقضى بينهما ووجه قولهما ان السن اذا أشكل يحتمل أن يكون موافقا لوقت هذا
ويحتمل أن يكون موافقا لوقت ذاك فسقط اعتبار الوقت وصار كانهما سكتا عن الوقت أصلا ووجه قول أبى

حنيفة

حنيفة رحمه الله أن وقوع الاشكال فى السن يوجب سقوط اعتبار حكم السبق فبطل تحكيمه فبقى الحكم للوقت فالاسبق أولى وهذا يشكل بالخارج مع ذى اليد وان خالف الوقتين جميعا فهو على ماذكرنا فى الخارج مع ذى اليد وان أقام أحدهما البينة على النتاج والآخر على ملك مطلق فبينة النتاج أولى لما مر هذا اذا ادعى الخارجان الملك من واحد أو اثنين بسببين متفقين من الميراث والشراء والنتاج فان كان بسببين مختلفين فنقول لايخلو اما ان كان من اثنين واما ان كان من واحد فان كان من اثنين يعمل بكل واحد من السببين بان ادعى أحدهما انه اشترى هذه الدابة من فلان وادعى الآخر ان فلانا آخر وهبها له وقبضها منه قضى بينهما نصفين لانهما ادعيا تلقى الملك من البائع والواهب فقاما مقامهما كأنهما حضرا وادعيا وأقاما البينة على ملك مرسل وكذا لو ادعى ثالث ميراثا عن أبيه فانه يقسم بينهم أثلاثا ولو ادعى رابع وصدقه يقسم بينهم أرباعا لما قلنا وان كان ذلك من واحد ينظر الى السببين فان كان أحدهما أقوى يعمل به لان العمل بالراجح واجب وان استويا فى القوة يعمل بهما بقدر الامكان على ماهو سبيل دلائل الشرع بيان ذلك اذا أقام أحدهما البينة انه اشترى هذه الدار من فلان ونقده الثمن وقبض الدار وأقام الآخر البينة ان فلانا ذاك وهبها له وقبضها يقضى لصاحب الشراء لانه يفيد الحكم بنفسه والهبة لاتفيد الحكم الا بالقبض فكان الشراء أولى (وكذلك) الشراء مع الصدقة والقبض لما قلنا وكذلك الشراء مع الرهن والقبض لان الشراء يفيد ملك الرقبة والرهن يفيد ملك اليد وملك الرقبة أقوى ولو اجتمعت البينتان مع القبض يقضى بينهما نصفين لاستواء السببين (وقيل) هذا فيما لايحتمل القسمة كالدابة والعبد ونحوهما (فأما فيما) يحتمل القسمة كالدار ونحوها فلا يقضى لهما بشىء على أصل أبى حنيفة رحمه الله فى الهبة من رجلين لحصول معنى الشيوع (وقيل) لافرق بين مايحتمل القسمة و بين مالا يحتملها هنا لان هذا فى معنى الشيوع الطارىء لقيام البينة على الكل وانه لايمنع الجواز (وكذلك) لو اجتمعت الصدقة مع القبض او الهبة والصدقة مع القبض يقضى بينهما نصفين لاستواء السببين لكن هذا اذا لم يكن المدعى فى يد أحدهما فان كان يقضى لصاحب اليد بالاجماع لما مر (ولو اجتمع) الرهن والهبة أو الرهن والصدقة فالقياس ان تكون الهبة أولى (وكذا) الصدقة لان كل واحد منهما يفيد ملك الرقبة والرهن يفيد ملك اليد والحبس وملك الرقبة أقوى وفى الاستحسان الرهن أولى لان المرهون عندنا مضمون بقدر الدين فاما الموهوب فليس بمضمون أصلا فكان الرهن أقوى (ولو اجتمع) النكاحان بأن ادعت امرأتان وأقامت كل واحدة منهما البينة على انه تزوجها عليه يقضى بينهما نصفين لاستواء السببين (ولو اجتمع) النكاح مع الهبة أو الصدقة او الرهن فالنكاح أولى لانه عقد يفيد الحكم بنفسه فكان اقوى ولو اجتمع الشراء والنكاح فهو بينهما نصفان عند أبى يوسف وللمراة نصف نصف القيمة على الزوج وعند محمد الشراء أولى وللمرأة القيمة على الزوج (وجه) قول محمد ان الشراء اقوى من النكاح بدليل انه لايصح البيع بدون تسمية الثمن و يصح النكاح بدون تسمية المهر وكذا لاتصح التسمية بدون الملك فى البيع وتصح فى باب النكاح كما لو تزوج على جارية غيره دل ان الشراء أقوى من النكاح (وجه) قول أبى يوسف ان النكاح مثل الشراء فان كل واحد منهما معاوضة يفيد الحكم بنفسه هذا اذا ادعى كل واحد منهما قدر ما يدعى الآخر فأما اذا ادعى أحدهما أكثر مما يدعى الآخر بان ادعى أحدهما كل الدار والآخر نصفها وأقاما البينة على ذلك فانه يقضى لمدعى الكل بثلاثة ارباع الدار ولمدعى النصف بربعها عند أبى حنيفة وعندهما يقضى لمدعى الكل بثلثى الدار ولمدعى النصف بثلثها وانما اختلف جوابهم لاختلافهم فى طريق القسمة فتقسم عنده بطريق المنازعة وهما قسما بطريق العدل والمضاربة (وتفسير) القسمة بطريق المنازعة ان ينظر الى القدر الذى وقع التنازع فيه فيجعل الجزء الذى خلا عن المنازعة سالما لمدعيه (وتفسير) القسمة على طريق العدل والمضاربة ان تجمع السهام كلها فى العين فتقسم بين الكل بالحصص فيضرب كل بسهمه كما فى الميراث والديون المشتركة المتزاحمة والوصايا فلما كانت القسمة عند أبى حنيفة على طريق المنازعة تجب مراعاة محل النزاع فهنا يدعى أحدهما

كل الدار والآخر لا ينازعه الا في النصف فبقي النصف الآخر خاليا عن المنازعة فيسلم لمدعى الكل لانه يدعى شيئا لا ينازعه فيه غيره ومن ادعى شيئا لا ينازعه فيه غيره يسلم له والنصف الآخر استوت فيه منازعتهما فيقضى بينهما نصفين فكانت القسمة ارباعا ثلاثة ارباع الدار لمدعى الكل وربعها لمدعى النصف ولما كانت القسمة عندهما على طريق المضاربة يقسم الثمن على مبلغ السهام فيضرب كل واحد بسهمه فهنا أحدهما يدعى كل الدار والآخر يدعى نصفها فيجعل أخسهما سهما فجعل نصف الدار بينهما واذا جعل نصف الدار بينهما صار الكل سهمين فمدعى الكل يدعى سهمين ومدعى النصف يدعى سهما واحدا فيعطى هذا سهما وذاك سهمين فكانت الدار بينهما اثلاثا ثلثاها لمدعى الكل وثلثها لمدعى النصف والصحيح قسمة أبى حنيفة عليه الرحمة لان الحاجة الى القسمة لضرورة الدعوى والمنازعة ووقوع التعارض فى الحجة ولا منازعة لمدعى الكل الا فى النصف فلا يتحقق التعارض الا فيه فيسلم له ماوراءه لقيام الحجة عليه وخلوها عن المعارض فكان ماقاله أبو حنيفة عملا بالدليل بالقدر الممكن وانه واجب هذا اذا كانت الدار فى يد ثالث فان كانت فى ايديهما فبينة مدعى الكل أولى لانه خارج لانه يدعى على صاحبه النصف الذى فى يده ومدعى النصف لا يدعى شيئا هو فى يد صاحبه لانه لا يدعى الا النصف والنصف فى يده فكان مدعى الكل خارجا ومدعى النصف صاحب يد فكانت بينة الخارج أولى فيقضى له بالنصف الذى فى يد صاحبه ويترك النصف الذى فى يده على حاله هذا اذا ادعى الخارجان شيئا فى يد ثالث فأنكر الذى فى يده فأقام البينة فان لم يقم لهما بينة وطلبا يمين المنكر يحلف لكل واحد منهما فان نكل لهما جميعا يقضى لهما بالنكول لان النكول حجة عندنا فان حلف لاحدهما ونكل للآخر يقضى للذى نكل لوجود الحجة فى حقه وان حلف لكل واحد منهما يترك المدعى فى يده قضاء ترك لا قضاء استحقاق حتى لو قامت لهما بينة بعد ذلك تقبل بينتهما ويقضى لهما بخلاف ما اذا اقاما البينة وقضى بينهما نصفين ثم أقام صاحب اليد البينة على انه ملكه انه لا تقبل بينته وكذا اذا أقام أحد المدعيين البينة على النصف الذى استحقه صاحبه بعد ماقضى بينهما نصفين لا تسمع بينته (ووجه) الفرق ان بالترك فى يد المدعى عليه لم يكن كل واحد من المدعيين مقضيا عليه حقيقة فتسمع منهما البينة (فأما) صاحب اليد فقد صار مقضيا عليه حقيقة وكذا كل واحد من المدعيين بعد ماقضى بينهما نصفين صار مقضيا عليه فى النصف والبينة من المقضى عليه غير مسموعة الا اذا ادعى التلقى من جهة المستحق او ادعى النتاج وكذا لو ادعى بائع المقضى عليه او بائع بائعه هكذا وأقام البينة لا تسمع دعواه ولا تقبل بينته لان القضاء عليه قضاء على الباعة كلهم فى حق بطلان الدعوى ان لم يكن قضاء عليهم فى حق ولاية الرجوع بالثمن الا اذا قضى القاضى لهذا المشترى بالرجوع على بائعه بالثمن فيرجع هذا البائع على بائعه أيضا هكذا فرق بين هذا وبين الحرية الاصلية ان القضاء بالحرية قضاء على الناس كلهم فى حق بطلان الدعوى وثبوت ولاية الرجوع بالثمن على الباعة (ووجه) الفرق بين الملك والعتق على نحو ماذكرنا من قبل هذا اذا أنكر الذى فى يده فان أقر به لاحدهما (فنقول) هذا لا يخلو من أحد وجهين اما ان كان قبل اقامة البينة واما ان كان بعد اقامة البينة فان أقر قبل اقامة البينة جاز اقراره ودفع الى المقر له لان المدعى فى يده وملكه من حيث الظاهر فيملك التصرف فيه بالاقرار وغيره وان أقر بعد اقامة البينة قبل التزكية لم يجز اقراره لانه تضمن ابطال حق الغير وهو البينة فكان اقرارا على غيره فلا يصح فى حق ذلك الغير ولكن يؤمر بالدفع الى المقر له لان اقراره فى حق نفسه صحيح وكذا البينة قد لا تتصل بها التزكية فيؤمر بالدفع الى المقر له فى الحال فاذا زكيت البينتان يقضى بينهما نصفين لانه تبين ان المدعى كان بينهما نصفين فظهر ان اقراره كان ابطالا لحق الغير فلم يصح فالتحق بالعدم وان أقر بعد اقامة البينة وبعد التزكية يقضى بينهما لما قلنا ان اقراره لم يصح فكان ملحقا بالعدم هذا كله اذا كانت الدعوى من الخارج على ذى اليد أو من الخارجين على ذى اليد فأما اذا كانت من صاحب اليد أحدهما على الآخر بان كان المدعى فى أيديهما فان أقام أحدهما البينة انه يقضى له بالنصف الذى فى يد صاحبه والنصف الذى كان فى يده ترك فى يده وهو معنى قضاء الترك

ولو

ولوأقام كل واحد منهما البينة انه له يقضى لكل واحد منهما بالنصف الذى فى يد صاحبه لان كل واحد منهما فى ذلك النصف خارج ولولم تقم لاحدهما بينة يترك فى أيديهما قضاء ترك حتى لوقامت لاحدهما بعد ذلك بينة تقبل لانه لم يصر مقضيا عليه حقيقة هذا اذالم توقت البينتان فان وقتا فان اتفق الوقتان فكذلك وان اختلفا فالاسبق أولى عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله (وأما) عند محمد فلا عبرة للوقت فى بينة صاحب اليد فيكون بينهما نصفين وان وقت احداهما دون الاخرى يكون بينهما عند أبى حنيفة ومحمد والوقت ساقط وعند أبى يوسف هو لصاحب الوقت وقد مرت الحجج قبل هذا والله تعالى أعلم (وأما) حكم تعارض البينتين القائمتين على قدر الملك فالاصل فيه ان البينة المظهرة للزيادة أولى كما اذا اختلف المتبايعان فى قدر الثمن فقال البائع بعتك هذا العبد بالفى درهم وقال المشترى اشتريته منك بألف درهم وأقاما البينة فانه يقضى ببينة البائع لانها تظهر زيادة الف وكذا لو اختلفا فى قدر المبيع فقال البائع بعتك هذا العبد بألف وقال المشترى اشتريت منك هذا العبد وهذه الجارية بالف وأقاما البينة يقضى ببينة المشترى لانها تظهر زيادة وكذا لو اختلف الزوجان فى قدر المهر فقال الزوج تزوجتك على الف وقالت المرأة على الفين وأقاما البينة يقضى ببينة المرأة لانها تظهر فضلا ثم انما كانت بينة الزيادة أولى لانه لا معارض لها فى قدر الزيادة فيجب العمل بها فى ذلك القدر لخلوها عن المعارض ولا يمكن الا بالعمل فى الباقى فيجب العمل بها فى الباقى ضرورة وجوب العمل بها فى الزيادة ولا يلزم على هذا الاصل ما اذا اختلف الشفيع والمشترى فى قدر ثمن الدار المشفوعة فقال الشفيع اشتريتها بألف وقال المشترى بالفين وأقاما البينة انه يقضى ببينة الشفيع عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وان كانت بينة المشترى تظهر الزيادة لأن البينة انما تقبل من المدعى لانها جعلت حجة المدعى فى الاصل والمدعى هناك هو الشفيع لوجود حد المدعى فيه وهو ان يكون مخيرا فى الخصومة بحيث لو تركها يترك ولا يجبر عليها فأما المشترى فمجبور على الخصومة ألا ترى لو تركها لا يترك بل يجبر عليها فكان هو مدعى عليه والبينة حجة المدعى لا حجة المدعى عليه فى الاصل لذلك قضى ببينة الشفيع لا ببينة المشترى بخلاف ما اذا اختلف البائع والمشترى فى قدر الثمن لان هناك البائع هو المدعى لان المخير فى الخصومة ان شاء خاصم وان شاء لا وفيما اذا اختلفا فى قدر المبيع المدعى هو المشترى الا ترى لو ترك الخصومة يترك وكذا فى باب النكاح المدعى فى الحقيقة هو المرأة لما قلنا فهو الفرق ووجه آخر من الفرق ذكرناه فى كتاب الشفعة وعلى هذا يخرج اختلاف المتبايعين فى أجل الثمن فى أصل الاجل أو فى قدره وأقاما البينة ان البينة بينة المشترى لانها تظهر الزيادة وكذا لو اختلفا فى مضيه وأقاما البينة فالبينة بينة المشترى انه لم يمض لانها تظهر زيادة وعلى هذا يخرج اختلافهما فى المسلم فيه فى قدره أو جنسه أو صفته مع اتفاقهما على رأس المال وأقاما البينة بعد تفرقهما ان البينة بينة رب السلم ويقضى بسلم واحد بالاجماع لانهما اتفقا على ان المسلم اليه لم يقبض الا رأس مال واحد وان اختلفا قبل التفرق فكذلك ويقضى بسلم واحد عند أبى حنيفة وابى يوسف وعند محمد تقبل البينتان جميعا ويقضى بسلمين (وجه) قول محمد ان كل واحد من البينتين قامت على عقد على حدة لاختلاف البدلين فيعمل بهما جميعاً ويقضى بسلمين اذ لا تنافى بينهما ولهما انهما اتفقا على عقد واحد وانما اختلفا فى قدر المعقود عليه قدراً أو جنساً أو صفة وبينة رب السلم تظهر زيادة فكانت أقوى ولو اختلفا فى رأس المال فى قدره أو جنسه أو صفته مع اتفاقهما على المسلم فيه فالبينة بينة المسلم اليه عندهما وعنده تقبل البينتان جميعا ويقضى بسلمين والحجج على نحو ماذكرنا هذا اذا تصادقا ان رأس المال كان ديناً فان تصادقا انه عين واختلفا فى المسلم فيه فان كان رأس المال عيناً واحدة يقضى بسلم واحد كما اذا قال رب السلم أسلمت اليك هذا الثوب فى كر حنطة وقال المسلم اليه فى كر شعير فالبينة بينة رب السلم لان رأس المال اذا كان عينا واحدة لا يمكن ان يجعل عقدين فيجعل عقداً واحداً وبينة رب السلم تظهر زيادة فكانت أولى بالقبول واذا كان عينين بان قال رب السلم أسلمت اليك هذا الفرس فى كر حنطة وقال المسلم اليه هذا الثوب فى كر شعير يقضى بسلمين بالاجماع لانه يمكن ان يجعل عقدين فيجعل سلمين هذا كله

اذا كانت الدعوى دعوى الملك فاما دعوى اليد بان تنازع رجلان فى شئ يدعيه كل واحد منهما انه فى يده فعلى كل واحد منهما البينة على اليد لقوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه ولان الملك واليد كل واحد منهما مقصود فى نفسه فتقع الحاجة الى اثبات كل واحد منهما بالبينة فان أقاما جميعاً البينة يقضى بكونه فى أيديهما لاستوائهما فى الحجة وان أقام أحدهما البينة صار صاحب يد وصار مدعى عليه وان لم تقم لاحدهما بينة فعلى كل واحد منهما اليمين لقوله عليه الصلاة والسلام واليمين على من أنكر وكل واحد منهما ينكر دعوى صاحب اليد فيحلف هذا كله اذا قامت البينتان على الملك أو على اليد فاما اذا قامت احدى البينتين على الملك والاخرى على اليد فبينة الملك أولى نحو ما اذا أقام الخارج البينة على ان الدار له منذ سنتين وأقام ذو اليد البينة على انها فى يده منذ ثلاث سنين يقضى بها للخارج لان البينة القائمة على الملك أقوى لان اليد قد تكون محقة وقد تكون مبطلة كيد الغصب والسرقة واليد المحققة قد تكون يد ملك وقد تكون يد اعارة واجارة فكانت محتملة فلا تصلح بينتها معارضة لبينة الملك (واما) دعوى النسب فالكلام فى النسب فى الاصل فى ثلاثة مواضع فى بيان ما يثبت به النسب وفى بيان ما يظهر به النسب وفى بيان صفة النسب الثابت اما ما يثبت به النسب فالكلام فيه فى موضعين أحدهما فى بيان ما يثبت به نسب الولد من الرجل والثانى فى بيان ما يثبت به نسبه من المرأة اما الاول فنسب الولد من الرجل لا يثبت الا بالفراش وهو ان تصير المرأة فراشاً له لقوله عليه الصلاة والسلام الولد للفراش وللعاهر الحجر وقوله عليه الصلاة والسلام الولد للفراش أى لصاحب الفراش الا انه أضمر المضاف فيه اختصاراً كما فى قوله عز وجل واسأل القرية ونحوه والمراد من الفراش هو المرأة فانها تسمى فراش الرجل وازاره ولحافه وفى التفسير فى قوله عز شأنه وفرش مرفوعة انها نساء أهل الجنة فسميت المرأة فراشاً لما انها تفرش وتبسط بالوطء عادة ودلالة الحديث من وجوه ثلاثة أحدها ان النبى عليه الصلاة والسلام أخرج الكلام مخرج القسمة فجعل الولد لصاحب الفراش والحجر للزانى فاقتضى ان لا يكون الولد لمن لا فراش له كما لا يكون الحجر لمن لا زنا منه اذ القسمة تنفى الشركة والثانى انه عليه الصلاة والسلام جعل الولد لصاحب الفراش ونفاه عن الزانى بقوله عليه الصلاة والسلام وللعاهر الحجر لان مثل هذا الكلام يستعمل فى النفى والثالث انه جعل كل جنس الولد لصاحب الفراش فلو ثبت نسب ولد لمن ليس بصاحب الفراش لم يكن كل جنس الولد لصاحب الفراش وهذا خلاف النص فعلى هذا اذا زنى رجل بامرأة فجاءت بولد فادعاه الزانى لم يثبت نسبه منه لانعدام الفراش واما المرأة فيثبت نسبه منها لان الحكم فى جانبها يتبع الولادة على ما نذكر ان شاء الله تعالى وقد وجدت وكذلك لو ادعى رجل عبداً صبياً فى يد رجل انه ابنه من الزنا لم يثبت منه كذبه المولى فيه أو صدقه لما قلنا ولو هلك الولد بوجه من الوجوه عتق عليه لانه أقر انه مخلوق من مائه وان ملك أمه لم تصر ام ولد له لان أمومية الولد تتبع ثبات النسب ولم يثبت وكذلك لو كان هذا العبد لاب المدعى أو عمه لما ذكرنا ولو كان لابن المدعى فقال هو ابنى من الزنا يثبت نسبه منه وهو مخطئ فى قوله من الزنا لانه يصير متملكا الجارية عندنا قبيل الاستيلاد أو مقارناً له ولا يتحقق الوطء زناً مع ثبوت الملك ولو كان المدعى غير الاب فقال هو ابنى منها ولم يقل من الزنا فان صدقه المولى ثبت نسبه منه ويكون عبد المولى الام وان كذبه لا يثبت النسب للحال واذا ملكه المدعى يثبت النسب و يعتق عليه لان الاقرار بالبنوة مطلقاً عن الجهة محمول على جهة مصححة للنسب وهى الفراش الا انه لم يظهر نفاذه للحال لقيام ملك المولى فاذا ملكه زال المانع وكذلك لو قال هو ابنى من نكاح فاسد أو شراء فاسد وادعى شبهة بوجه من الوجوه أو قال أحلها لى الله ان صدقه المولى يثبت النسب وان كذبه لم يثبت النسب ما دام عبداً فاذا ملكه يثبت النسب و يعتق عليه لان العقد الفاسد ملحق بالصحيح فى ثبات النسب وكذلك الشبهة فيه ملحقة بالحقيقة فكان هذا اقراراً بالنسب بجهة مصححة للنسب شرعاً الا انه امتنع ظهوره للحال لحق المولى فاذا زال ظهر وعتق لانه ملك ابنه وان ملك امها كانت أم ولد له لانه وجد سبب أمومية الولد وهو ثبوت النسب بناء على وجود سبب الثبوت وهو الاقرار بالنسب بجهة

مصححة له شرعاً الا انها توقفت على شرطها وهو الملك وقد وجد بخلاف الفصل الاول لان هناك لم يوجد سبب أمومية الولد أصلا لانعدام سبب ثبوت النسب وهو الاقرار بجهة مصححة شرعا وعلى هذا اذا تصادق الزوجان على ان الولد من الزنا من فلان لا يثبت النسب منه و يثبت من الزوج لان الفراش له وعلى هذا اذا ادعى رجل صبياً في يد امرأة فقال هو ابني من الزنا وقالت المرأة هو من النكاح لا يثبت نسبه من الرجل ولا من المرأة لان الرجل أقر انه ابنه من الزنا والزنا لا يوجب النسب والمرأة تدعي النكاح والنكاح لا بد له من حجة وكذلك لو كان الامر على العكس بان ادعى الرجل انه ابنه من النكاح وادعت المرأة انه من الزنا لما قلنا ولو قال الرجل بعد ذلك في الفصل الاول هو من النكاح أو قالت المرأة بعد ذلك في الفصل الثاني هو من النكاح يثبت النسب وان كان ذلك منهما تناقضاً لان التناقض ساقط الاعتبار شرعا في باب النسب كما هو ساقط الاعتبار شرعاً في باب العتق لما ذكرنا والله سبحانه وتعالى أعلم

وأما الثاني فنسب الولد من المرأة يثبت بالولادة سواء كان بالنكاح أو بالسفاح لان اعتبار الفراش انما عرفناه بالحديث وهو قوله عليه الصلاة والسلام الولد للفراش أي لمالك الفراش ولا فراش للمرأة لانها مملوكة وليست بمالكة فبقي الحكم في جانبها متعلقا بالولادة واذا عرفت ان نسب الولد من الرجل لا يثبت الا اذا صارت المرأة فراشاً له فلا بد من معرفة ما تصير به المرأة فراشاً وكيفية عمله في ذلك فنقول وبالله التوفيق المرأة تصير فراشاً باحد أمرين احدهما عقد النكاح والثاني ملك اليمين الا ان عقد النكاح يوجب الفراش بنفسه لكونه عقدا موضوعاً لحصول الولد شرعاً قال النبي عليه الصلاة والسلام تناكحوا توالدوا تكثروا فاني أباهي بكم الامم يوم القيامة ولو بالسقط وكذا الناس يقدمون على النكاح لغرض التوالد عادة فكان النكاح سبباً مفضياً الى حصول الولد فكان سبباً لثبات النسب بنفسه و يستوي فيه النكاح الصحيح والفاسد اذا اتصل به الوطء لان النكاح الفاسد ينعقد في حق الحكم عند بعض مشايخنا لوجود ركن العقد من أهله في محله والفاسد ما فاته شرط من شرائط الصحة وهذا لا يمنع انعقاده في حق الحكم كالبيع الفاسد الا انه يمنع من الوطء لغيره وهذا لا يمنع ثبات النسب كالوطء في حالة الحيض والنفاس وسواء كانت المنكوحة حرة أو امة لان المقصود من فراش الزوجية لا يختلف واما ملك اليمين فني أم الولد يوجب الفراش بنفسه أيضا لانه ملك يقصد به حصول الولد عادة كملك النكاح فكان مفضيا الى حصول الولد كملك النكاح الا انه أضعف منه لانه لا يقصد به ذلك مثل ما يقصد بملك النكاح وكذا يحتمل النقل الى غيره بالتزويج و ينتفي بمجرد النفي من غير لعان بخلاف ملك النكاح واما في الامة فلا يوجب الفراش بنفسه بالاجماع حتى لا تصير الامة فراشاً بنفس الملك بلا خلاف وهل تصير فراشا بالوطء اختلف فيه قال أصحابنا رضي الله تعالى عنهم لا تصير فراشا الا بقرينة الدعوة وقال الشافعي عليه الرحمه تصير فراشاً بنفس الوطء من غير دعوة وعبارة مشايخنا رحمهم الله في هذا الباب ان الفراش ثلاثة فراش قوي وفراش ضعيف وفراش وسط فالقوي فراش المنكوحة حتى يثبت النسب من غير دعوة ولا ينتفي الا باللعان والوسط فراش ام الولد حتى يثبت النسب من غير دعوة و ينتفي بمجرد النفي من غير لعان والضعيف فراش الامة حتى لا يثبت النسب فيه الا بالدعوة عندنا خلافا للشافعي (وجه) قوله ان ثبات النسب منه لحصول الولد من مائه وهذا يحصل بالوطء من غير دعوة لان الوطء سبب لحصول الولد قصد منه ذلك أولا (ولنا) ان وطء الامة لا يقصد به حصول الولد عادة لانها لا تشترى للوطء عادة بل للاستخدام والاسترباح ولو وطئت فلا يقصد به حصول الولد عادة لان الولد لا يحصل الا بترك العزل والظاهر في الاماء هو العزل والعزل بدون رضاهن مشروع فلا يكون وطؤها سببا لحصول الولد الا بقرينة الدعوة ولانه لما ادعى علم بقرينة الدعوة انه وطئها ولم يعزل عنها والوطء من غير عزل سبب لحصول الولد فيثبت النسب حتى لو كان المولى وطئها وحصنها ولم يعزل عنها لا يحل له النفي فيما بينه و بين الله تعالى عز شانه بل تلزمه الدعوى والاقرار به لانه اذا كان كذلك فالظاهر انه ولده فلا يحل له نفيه فيما بينه و بين الله تعالى بلا خلاف بين أصحابنا رضي الله تعالى عنهم واختلفوا فيما اذا وطئها

وحصنها ولكن عزل عنها أولم يعزل عنها ولكنه لم يحصنها قال أبو حنيفة رضى الله عنه يحل له النفى وقال أبو يوسف رحمه الله أحب الى ان يدعوا اذا كان وطئها ولم يعزل عنها وان لم يحصنها وقال محمد عليه الرحمة أحب الى ان يعتق ولدها ويستمتع بأمه الى ان يقرب موته فيعتقها وجه قول أبى يوسف انه اذا وطئها ولم يعزل عنها احتمل كون الولد منه فلا يحل له النفى بالشك والاحتمال وجه قول أبى حنيفة انه اذا لم يحصنها احتمل كونه من غيره فلا يلزمه الاقرار به بالشك لان غير الثابت بيقين لا يثبت بالشك كما ان الثابت بيقين لا يزول بالشك وجه قول محمد انه اذا احتمل كونه من غيره لا يلزمه الاقرار به كما قاله أبو حنيفة رحمه الله ولما احتمل كونه منه لا يجوز له النفى أيضا كما قاله أبو يوسف لكن يسلك فيه مسلك الاحتياط فيعتق الولد صيانة عن استرقاق الحر عسى ويستمتع بأمه لان الاستمتاع بالامة وأم الولد مباح ويعتقها عند موته صيانة عن استرقاق الحرة بعد موته عسى ويستوى فى فراش الملك ملك كل المحل وبعضه وملك الذات وملك اليد فى ثبوت النسب وبيان ذلك فى مسائل اذا حملت الجارية فى ملك رجلين فجاءت بولد فادعاه أحدهما يثبت نسب الولد منه لان ماله من الملك أوجب النسب بقدره الا أن النسب لا يتجزأ فمتى ثبت فى البعض يتعدى الى الكل وتصير الجارية أم ولد له وعليه نصف قيمتها لشريكه ونصف العقر ولا يضمن قيمة الولد وهى من مسائل كتاب العتق ولو ادعياه جميعا معا فهو ابنهما والجارية أم ولدهما وهذا عندنا وعند الشافعى رحمه الله هو ابن أحدهما ويتعين بقول القائف وجه قوله ان خلق ولد واحد من ماء فحلين مستحيل عادة ما أجرى الله سبحانه وتعالى العادة بذلك الا فى الكلاب على ماقيل فلا يكون الولد الا من أحدهما ويعرف ذلك بقول القائف فان الشرع ورد بقبول قول القائف فى النسب فانه روى أن قائفا مر باسامة وزيد وهما تحت قطيفة واحدة قد غطى وجوههما وأرجلهما بادية فقال ان هذه الاقدام يشبه بعضها بعضا فسمع رسول الله صلى الله عليه وسلم ففرح بذلك حتى كادت تبرق أسارير وجهه عليه الصلاة والسلام فقد اعتبر عليه الصلاة والسلام قول القائف حيث لم يرد عليه بل قرره باظهار الفرح (ولنا) اجماع الصحابة رضى الله عنهم فانه روى انه وقعت هذه الحادثة فى زمن سيدنا عمر رضى الله عنه فكتب الى شريح لبسا فلبس عليهما ولو بينا لبين لهما هو ابنهما يرثهما ويرثانه وكان ذلك بمحضر من الصحابة ولم ينقل انه أنكر عليه منكر فيكون اجماعا لان سبب استحقاق النسب أصل الملك وقد وجد لكل واحد منهما فيثبت بقدر الملك حصة للنسب ثم يتعدى لضرورة عدم التجزى فيثبت نسبه من كل واحد منهما على الكمال وأما فرح النبى عليه الصلاة والسلام وترك الرد والنكر فاحتمل انه لم يكن لاعتباره قول القائف حجة بل لوجه آخر وهو ان الكفار كانوا يطعنون فى نسب اسامة رضى الله عنه وكانوا يعتقدون القيافة فلما قال القائف ذلك فرح رسول الله صلى الله عليه وسلم لظهور بطلان قولهم بما هو حجة عندهم فكان فرحه فى الحقيقة بزوال الطعن بما هو دليل الزوال عندهم والمحتمل لا يصلح حجة وكذلك لو كانت الجارية بين ثلاثة أو أربعة أو خمسة فادعوه جميعا معا فهو ابنهم جميعا ثابت نسبه منهم والجارية أم ولدهم عند أبى حنيفة وقال أبو يوسف لا يثبت من أكثر من اثنين وقال محمد لا يثبت من أكثر من ثلاثة وجه قول أبى يوسف أن القياس يأبى ثبوت النسب من أكثر من رجل واحد لما ذكرنا للشافعى الا انا تركنا القياس فى رجلين باثر سيدنا عمر رضى الله تعالى عنه فبقى حكم الزيادة مردودا الى أصل القياس وجه قول محمد ان الحمل الواحد يجوز أن يكون ثلاثة أولاد وكل واحد منهم يجوز أن يخلق من ماء على حدة وقد جاء عن ابراهيم النخعى رحمه الله انه أثبت النسب من ثلاثة فاما الزيادة على الثلاثة فى بطن واحد فنادر غاية الندرة فالشرع الوارد فى الاثنين يكون واردا فى الثلاثة ولابى حنيفة أن الموجب لثبات النسب لا يفصل بين عدد الاثنين والخمسة فالفصل بين عدد وعدد يكون تحكما من غير دليل وسواء كانت الانصباء متفقة أو مختلفة بان كان لاحدهم السدس وللآخر الربع وللآخر الثلث وللآخر ما بقى فالولد ابنهم جميعا لحكم النسب لا يختلف لان سبب ثبات النسب هو أصل الملك لا صفة المالك والله سبحانه وتعالى أعلم وأما حكم الاستيلاد فيثبت فى نصيب كل

واحد بقدر حصته من الملك فلا يتعدى الى نصيب غيره ولو كانت الجارية بين الاب والابن فجاءت بولد فادعياه جميعا معا فالاب أولى عند علمائنا الثلاثة وعند زفر رحمه الله يثبت النسب منهما جميعا وجه قوله انهما استويا في سبب الاستحقاق وهو أصل الملك فيستويان في الاستحقاق (ولنا) ان الترجيح لجانب الاب لان نصف الجارية ملكه حقيقة وله حق تمليك النصف الآخر وليس للابن الا ملك النصف فكان الاب أولى و يتملك نصيب الابن من الجارية بالقيمة ضرورة ثبوت الاستيلاد في نصيبه لانه لا يتجزأ فلا يتصور ثبوته في البعض دون البعض كما في الجارية المشتركة بين الاجنبيين و يضمن كل واحد منهما للآخر نصف العقر لان الوطء من كل واحد منهما في قدر نصيب شريكه حصل في غير الملك كما في الاجنبيين يضمن كل واحد منهما نصف العقر للآخر ثم يكون النصف بالنصف قصاصا كما في الاجانب وهذا بخلاف حالة الانفراد فان أمة رجل اذا جاءت بولد فادعاه أبوه ثبت نسبه منه ولا عقر عليه عند أصحابنا الثلاثة لان هناك صار متملكا الجارية ضرورة صحة الاستيلاد سابقا عليه أو مقارنا له لانعدام حقيقة الملك فجعل الوطء في الملك وههنا الاستيلاد صحيح بدون التملك لقيام حقيقة الملك في النصف فلا حاجة الى التملك لصحة الاستيلاد وانه صحيح بدونه وانما يثبت ضرورة ثبوت الاستيلاد في نصيبه لانه يحتمل التجزي على ما ذكرنا هو الفرق وكذلك الجد عند عدم الاب لانه بمنزلة الاب عند عدمه ولو كان بين الجد والحافد جارية فجاءت بولد فادعياه معا والاب حي يثبت النسب منهما جميعا لان الجد حال قيام الاب بمنزلة الاجنبي ولو ادعى الولد أحد المالكين وأب المالك الآخر فالمالك أولى لان له حقيقة الملك ولاب المالك الآخر حق التملك فكان المالك الحقيقي أولى هذا كله اذا كان الشريكان المدعيان حرين مسلمين فان كان أحدهما حرا والآخر عبدا فالحر أولى لان اثبات النسب منه أنفع حيث يصل هو الى حقيقة الحرية وأمه الى حق الحرية وكذلك لو كان أحدهما حرا والآخر عبدا مكاتبا فالحر أولى لان الولد يصل الى حقيقة الحرية ولو كان أحدهما مكاتبا والآخر عبدا فالمكاتب أولى لانه حر يدا فكان أنفع للولد ولو كانا عبدين يثبت النسب منهما جميعا لكن هل يشترط فيه تصديق المولى فيه روايتان ومنهم من وفق بين الروايتين فحمل شرط التصديق على ما اذا كان العبد محجورا وحمل الاخرى على ما اذا كان مأذونا عملا بهما جميعا ولو كان أحدهما مسلما والآخر ذميا فالمسلم أولى استحسانا والقياس أن يثبت نسبه منهما وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة و زفر وجه القياس أن النسب حكم الملك وقد استويا في الملك فيستويان في حكمه كما في سائر الاحكام المتعلقة بالملك وجه الاستحسان ان اثبات النسب من المسلم أنفع للصبي لانه يحكم باسلامه تبعا له وكذلك لو كان أحدهما كتابيا والآخر مجوسيا فالقياس ان يثبت النسب منهما لاستوائهما في الملك وفي الاستحسان الكتابي أولى لانه أقرب الى الاسلام من المجوسي فكان أنفع للصبي ولو كان أحدهما عبدا مسلما أو مكاتبا مسلما والآخر حرا كافرا فالحر أولى لان هذا أنفع للصبي لانه يمكنه ان يكتسب الاسلام بنفسه اذا عقل ولا يمكنه اكتساب الحرية بحال ولو كان أحدهما ذميا والآخر مرتدا فهو ابن المرتد لان ولد المرتد على حكم الاسلام ألا ترى انه اذا بلغ كافرا يجبر على الاسلام واذا أجبر عليه فالظاهر انه يسلم فكان هذا أنفع للصبي هذا كله اذا خرجت دعوة الشريكين معا فاما اذا سبقت دعوة أحدهما في هذه الفصول كلها كائنا من كان فهو أولى لان النسب اذا ثبت من انسان في زمان لا يحتمل الثبوت من غيره بعد ذلك الزمان هذا اذا حملت الجارية في ملكهما فجاءت بولد فادعاه أحدهما أو ادعياه جميعا فاما اذا كان العلوق قبل الشراء بان اشترياها وهي حامل فجاءت بولد فادعاه أحدهما فاما حكم نسب الولد وصيرورة الجارية أم ولد له وضمان نصف قيمة الام موسرا كان أو معسرا فلا يختلف و يختلف حكم العقر والولد فلا يجب العقر هنا و يجب هناك لان الاقرار بالنسب هنا لا يكون اقرارا بالوطء لتيقننا بعدم العلوق في الملك بخلاف الاول والولد يكون بمنزلة عبد بين شريكين أعتقه أحدهما لان ابتداء العلوق لم يكن في ملكه فلم يجز اسناد الدعوى الى حالة العلوق الا انه ادعى نسب ولد بعضه على ملكه ودعوى الملك بمنزلة انشاء الاعتاق ولو أعتق هذا

الولد يضمن نصيب شريكه منه ان كان موسرا ولم يضمن ان كان معسرا كذا هذا بخلاف ما اذا علقت الجارية فى ملكهما لان هناك استندت الدعوة الى حال العلوق فسقط الضمان وهنا لا تستند فلا بد من افراد الولد بالضمان والولاء بينهما وان ادعياه فهو ابنهما ولا عقر لواحد منهما على صاحبه كما فى الاول ولا يفترقان الا فى الولاء فان ثبت هنا لا يثبت هناك لان الدعوة ثمة دعوة الاستيلاد فيعلق الولد حرا والدعوة هنا دعوة تحرير وانه يوجب استحقاق الولاء قال عليه الصلاة والسلام الولاء لمن أعتق ولو كانت الجارية المشتراة زوجة أحدهما فجاءت بولد لاقل من ستة أشهر يثبت نسبه من الزوج من غير دعوة لانها اذا جاءت به لاقل من ستة أشهر فقد تيقنا ان علوق الولد كان من النكاح وعقد النكاح يوجب الفراش بنفسه ويضمن نصف قيمة الجارية لانها صارت أم ولد له فصار متملكا نصيب شريكه بالقيمة ولا يضمن قيمة الولد لانه عتق عليه من غير صنعه ولو اشترى اخوان جارية حاملا فجاءت بولد فادعاه أحدهما ثبت نسبه منه وعليه نصف قيمة الولد لان دعوته دعوة تحرير فاذا ادعاه فقد حرره والتحرير اتلاف نصيب شريكه فيضمن نصف قيمته ولا يعتق الولد على عمه بالقرابة لان الدعوة من أخيه اعتاق حقيقة فيضاف العتق اليه لا الى القرابة هذا اذا ولدت الجارية المشتركة ولدا فادعاه أحد الشريكين أو ادعياه جميعا فاما اذا ولدت ولدين فادعى كل واحد منهما ولدا على حدة فنقول هذا فى الاصل لا يخلو اما أن ولدتهما فى بطن واحد واما أن ولدتهما فى بطنين مختلفين والدعوتان اما أن خرجتا جميعا معا واما أن سبقت احداهما الاخرى فان ولدت الجارية الولدين فى بطن واحد فان خرجت الدعوتان جميعا معا ثبت نسب الولدين منهما جميعا لان دعوة أحد التوأمين دعوة الآخر لاستحالة الفصل بينهما فى النسب لعلوقهما من ماء واحد فكانت دعوة أحدهما دعوة الآخر ضرورة وان سبق أحدهما بالدعوة ثبت نسب الولدين منه لانه ثبت نسب المدعى ومن ضرورته ثبوت نسب الآخر وعتقا جميعا لعلوقهما حرى الاصل وصارت الجارية أم ولد له وغرم نصف العقر ونصف قيمة الجارية والله سبحانه وتعالى أعلم هذا اذا ولدتهما فى بطن واحد فأما اذا ولدتهما فى بطنين مختلفين فان خرجت الدعوتان جميعا معا ثبت نسب الاكبر من مدعى الاكبر بلا شك وصارت الجارية أم ولد له وغرم نصف قيمة الجارية ونصف العقر لمدعى الاصغر وهل يثبت نسب الولد الاصغر من مدعى الاصغر فالقياس ان لا يثبت الا بتصديق مدعى الاكبر وفى الاستحسان يثبت وجه القياس ان الجارية صارت أم ولد لمدعى الاكبر لثبوت نسب الاكبر منه فمدعى الاصغر يدعى ولد أم ولد الغير ومن ادعى ولد أم ولد الغير لا يثبت نسبه منه الا بتصديقه ولم يوجد وجه الاستحسان أن مدعى الاكبر غير مدعى الاصغر حيث أخر الدعوة الى دعوته فصار مدعى الاصغر بتأخير دعوة الاكبر مغرورا من جهته وولد المغرور ثابت النسب حر بالقيمة وعلى مدعى الاصغر العقر لمدعى الاكبر لكن نصف العقر أو كله ففيه اختلاف الروايتين والتوفيق بينهما ممكن لان رواية نصف العقر على مدعى الاصغر جواب حاصل ما عليه من العقر بعد القصاص وهو النصف ورواية الكل بيان ما عليه قبله لان مدعى الاكبر قد غرم نصف العقر لمدعى الاصغر فالنصف بالنصف يلتقيان قصاصا فلا يبقى على مدعى الاصغر بعد المقاصة الا النصف فأمكن التوفيق بين الروايتين من هذا الوجه وعلى مدعى الاصغر قيمة الولد الاصغر لانه ولد المغرور وولد المغرور حر بالقيمة باجماع الصحابة رضى الله تعالى عنهم فاذا على مدعى الاصغر نصف العقر وكل قيمة الولد وعلى مدعى الاكبر نصف قيمة الجارية لصيرورتها أم ولد له فيصير نصف قيمة الجارية الذى على مدعى الاكبر قصاصا بنصف العقر وقيمة الولد الذى على مدعى الاصغر ويترادان الفضل هذا اذا خرجت الدعوتان جميعا معا فادعى أحدهما الاكبر والآخر الاصغر فاما اذا سبق أحدهما بالدعوة فان ادعى السابق الاكبر أولا فقد ثبت نسب الاكبر منه وعتق وصارت الجارية أم ولد له وغرم لشريكه نصف قيمة الجارية ونصف العقر بعد ذلك اذا ادعى الآخر الاصغر فقد ادعى ولد أم ولد الغير فلا بد من التصديق لثبات النسب فان صدقه ثبت النسب ويكون على حكم أمه وان كذبه لا يثبت النسب هذا اذا ادعى السابق بالدعوة الاكبر

أولا فاما اذا ادعى الاصغر أولا ثبت نسب الاصغر منه وعتق وصارت الجارية أم ولد له وضمن نصف قيمتها ونصف عقرها لشريكه الآخر والاكبر بعد رقيق بينهما لانه ولد جارية مملوكة بينهما لم يدعه أحد فاذا ادعاه الشريك الآخر بعد ذلك صار كعبد بين اثنين أعتقه أحدهما عتق نصيبه وثبت نسبه منه والشريك الآخر بالخيار ان شاء أعتق نصيبه وان شاء ضمن المعتق قيمة نصيبه ان كان موسرا وان كان معسرا فله خيار الاعتاق والاستسعاء لا غير وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله وعندهما ان كان موسرا فله تضمين الموسر لا غير وان كان معسرا فله الاستسعاء على ما علم في كتاب العتاق ولو قال أحدهما الاكبر ابني والاصغر ابن شريكي ثبت نسب الاكبر منه وصارت الجارية أم ولد له وضمن نصف قيمة الجارية ونصف العقر لشريكه والاصغر ولد أم ولده أقر بنسبه لشريكه فان صدقه شريكه ثبت نسبه منه ولا يعتق وان كذبه لا يثبت النسب وكذلك لو قدم وأخر بأن قال الاصغر ابني والاكبر ابن شريكي ثبت نسب الاصغر منه ونسب الاكبر موقوف على تصديق شريكه ولو قال أحدهما الاصغر ابني والاكبر ابن شريكي أو قدم وأخر فقال الاكبر ابن شريكي والاصغر ابني ثبت نسب الاصغر منه وعتق وصارت الجارية أم ولده وعتق وضمن لشريكه نصف قيمة الجارية ونصف العقر ونسب الاكبر موقوف على تصديق شريكه فان صدقه ثبت النسب منه ويغرم لمدعي الاصغر نصف قيمة الاكبر وان كذبه صار كعبد بين شريكين شهد أحدهما على صاحبه بالاعتاق وكذبه صاحبه لما علم في كتاب العتاق ولو ولدت جارية في يد انسان ثلاثة أولاد فادعى أحدهم فنقول لا يخلو اما ان ولدوا في بطن واحد واما أن ولدوا في بطون مختلفة ولا يخلو اما ان ادعى أحدهم بعينه واما ان ادعى أحدهم بغير عينه فان ولدوا في بطن واحد فادعى أحدهم بغير عينه فقال أحد هؤلاء ابني أو عين واحدا منهم فقال هذا ابني عتقوا وثبت نسب الكل منه لان من ضرورة ثبوت نسب أحدهم ثبوت نسب الباقين لانهم توأم علقوا من ماء واحد فلا يفصل بين البعض والبعض في النسب واذا ثبت نسبهم صارت الجارية أم ولد له هذا اذا ولدوا في بطن واحد واما اذا ولدوا في بطون مختلفة فقال الاكبر ولدي ثبت نسبه منه وصارت الجارية أم ولد له وهل يثبت نسب الاوسط والاصغر القياس أن يثبت وهو قول زفر رحمه الله ويكون حكمهما حكم الام وفي الاستحسان لا يثبت وجه القياس ظاهر لانه لما ثبت نسب الاكبر فقد صارت الجارية أم ولد له فكان الاوسط والاصغر ولد أم الولد وولد أم الولد يثبت نسبه من مولاها من غير دعوة ما لم يوجد النفي منه ولم يوجد وجه الاستحسان أن النفي فيه وان لم يوجد نصا فقد وجد دلالة وهو الاقدام على تخصيص أحدهم بالدعوة فان ذلك دليل نفي البواقي اذ لو لم يكن كذلك لم يكن لتخصيص البعض مع استواء الكل في استحقاق الدعوة معنى هذا اذا ادعى الاكبر فاما اذا ادعى الاوسط فهو حر ثابت النسب منه وصارت الجارية أم ولد له والاكبر رقيق لانه ولد على ملكه ولم يدعه أحد وهل يثبت نسب الاصغر فهو على ما ذكرنا من القياس والاستحسان هذا اذا ادعى الاوسط فاما اذا ادعى الاصغر فهو حر ثابت النسب والجارية أم ولد له والاكبر والاوسط رقيقان لما ذكرنا هذا اذا ادعى أحدهم بعينه فاما اذا ادعى بغير عينه فقال أحد هؤلاء ابني فان بين فالحكم فيه ما ذكرنا وان مات قبل البيان عتقت الجارية بلا شك لانه لما ادعى نسب أحدهم فقد أقر ان الجارية أم ولد له وأم الولد تعتق بموت السيد وأما حكم الاولاد في العتق فقد ذكرنا الاختلاف فيه بين أبي حنيفة وصاحبيه رضوان الله تعالى عليهم في كتاب العتاق عبد صغير بين اثنين أعتقه أحدهما ثم ادعاه الآخر ثبت نسبه منه عند أبي حنيفة رحمه الله ونصف ولائه للآخر وعندهما لا يثبت نسبه بناء على أن الاعتاق يتجزأ عنده فيبقى نصيب المدعي على ملكه فتصح دعوته فيه وعندهما لا يتجزأ ويعتق الكل فلم يبق للمدعي فيه ملك فلم تصح دعوته وان كان العبد كبيرا فكذلك عنده لما ذكرنا انه يبقى الملك له في نصيبه وعندهما ان صدقه العبد ثبت النسب والا فلا لانه عتق كله باعتاق البعض فلا بد من تصديقه ويخرج على الاصل الذي ذكرنا دعوة العبد المأذون ولد جارية من اكسابه انها تصح ويثبت نسب الولد منه لان ملك اليد ثابت له وانه كاف لثبات

النسب ولوادعى المضارب ولد جارية المضاربة لم تصح دعوته اذا لم يكن فى المضارب ربح لانه لابد لثبات النسب من ملك ولا ملك للمضارب أصلا لا ملك الذات ولا ملك اليد اذا لم يكن فى المضاربة ربح ولوادعى ولدا من جارية لمولاه ليس من تجارته وادعى ان مولاها أحلها له أو زوجها منه لا يثبت نسبه منه الا بتصديق المولى لانه أجنبى عن ملك المولى لانعدام الملك له فيه أصلا فالتحق بسائر الاجانب الا فى الحد فان كذبه المولى ثم عتق فملك الجارية بوجه من الوجوه نفذت دعوته لانه أقر بجهة مصححة للنسب لكن توقف نفاذه لحق المولى وقد زال ولو تزوج المأذون حرة أو أمة فوطئها ثبت النسب منه سواء كان النكاح باذن المولى أولا لان النسب ثبت بالنكاح صحيحا كان أو فاسدا وعلى هذا دعوة المكاتب ولد جاريته من اكسابه صحيحة لان ملك اليد والتصرف ثابت له كالمأذون واذا ثبت نسب الولد منه لم يجز بيع الولد ولا بيع الجارية أما الولد فلأنه مكاتب عليه ولا يجوز بيع المكاتب وأما الأم فلانه له فيها حق ملك ينقلب ذلك الحق حقيقة عند الاداء فمنع من بيعها والعبد المسلم والذمى سواء فى دعوى النسب وكذا المكاتب المسلم والذمى لان الكفر لا ينافى النسب ويستوى فى دعوة الاستيلاد وجود الملك وعدمه عند الدعوة بعد ان كان العلوق فى الملك فان كان العلوق فى غير الملك كانت دعوته دعوة تحرير فيشترط قيام الملك عند الدعوة فان كان فى ملكه يصح وان كان فى ملك غيره لا يصح الا بشرط التصديق أو البينة فنقول جملة الكلام فيه ان الدعوة نوعان دعوة الاستيلاد ودعوة تحرير فدعوة الاستيلاد هى ان يكون علوق المدعى فى ملك المدعى وهذه الدعوة تستند الى وقت العلوق وتتضمن الاقرار بالوطء فيتبين انه علق حرا ودعوة التحرير هو ان يكون علوق المدعى فى غير ملك المدعى وهذه الدعوة تقتصر على الحال ولا تتضمن الاقرار بالوطء لعدم الملك وقت العلوق وبيان هذه الجملة فى مسائل اذا ولدت جارية فى ملك رجل لستة أشهر فصاعدا فلم يدع الولد حتى باع الام والولد ثم ادعى الولد صحت دعوته ويثبت النسب منه وعتق وظهر أن الجارية أم ولد له ويبطل البيع فى الجارية وفى ولدها وهذا استحسان وفى القياس ان لا تصح دعوته ولا يثبت النسب لعدم الملك وقت الدعوة وجه الاستحسان أن قيام الملك وقت الدعوة ليس بشرط لصحة هذه الدعوة بل الشرط أن يكون علوق الولد فى الملك لان هذه الدعوة تستند الى وقت العلوق فاذا كان علوق الولد فى ملك المدعى فقد ثبت له حق استحقاق النسب وانه لا يحتمل البطلان كما لا يحتمل حقيقة النسب فلم يبطل البيع وصحت دعوته وظهر ان الجارية كانت أم ولد فلم يصح بيعها وبيع ولدها فيردها وولدها ويرد الثمن ولو لم يدعه البائع حتى خرج عن ملك المشترى بوجه من الوجوه ينظر ان كان ذلك يحتمل الفسخ يفسخ وان لم يحتمله لا يفسخ الا لضرورة فنقول بيانه اذا كان المشترى باع الولد أو وهبه أو رهنه أو آجره أو كاتبه فادعاه البائع نقض ذلك وثبت النسب لان هذه التصرفات مما يحتمل الفسخ والنقض وكذلك لو كان المشترى باع الام أو كاتبها أو رهنها أو آجرها أو زوجها لما قلنا ولو كان أعتقها أو أعتق الولد لم تصح دعوة البائع لان العتق بعد ثبوته لا يحتمل البطلان الا لضرورة لانه يعقبه أثرا لا يحتمل البطلان وهو الولاء وكذلك لو مات الولد أو قتل لان الميت مستغن عن النسب وكذلك لو كان المشترى باع الولد فأعتقه المشترى أو دبره أو مات عبده لم تصح دعوة البائع لما قلنا ولو كان المشترى أعتق الام أو دبرها دون الولد صحت دعوته فى الولد ولم تصح فى الام وفسخ البيع فى الولد ولا يفسخ فى الام لان المانع من الفسخ خص الام ولا تصير الجارية أم ولد له لان أمومية الولد ليست من لوازم ثبات النسب بل تنفصل عنه فى الجملة كمن استولد جارية الغير بالنكاح يثبت نسب الولد منه ولا تصير الجارية أم ولد له للحال الا أن يملكها بوجه من الوجوه واذا فسخ البيع فى الولد يرد البائع من الثمن حصة الولد فيقسم الثمن على قدر قيمتهما فتعتبر قيمة الام يوم العقد وقيمة الولد يوم الولادة لانه انما صار ولدا بالولادة فتعتبر قيمته يومئذ فيسقط قدر قيمة الام ويرد قدر قيمة الولد ولو كانت قطعت يد الولد عند المشترى وأخذ أرشها ثم ادعاه البائع ثبت نسبه وسلم الارش للمشترى لان هذه دعوة الاستيلاد وانها تستند الى

وقت

وقت العلوق ومن شأن المستند أن يثبت للحال أولا ثم يستند فيستدعى قيام المحل للحال لاستحالة ثبوت الحكم فى الهالك واليد المقطوعة هالكة فلا يمكن تصحيح الدعوة فيها بطريق الاستناد و يسقط عن البائع من الثمن حصة الولد لانه سلم البدل للمشترى وهو الارش ولو ماتت الام ثم ادعى البائع الولد صحت دعوته وثبت النسب لان محل النسب قائم وهو الولد وأمومية الولد ليست من لوازم ثبوت النسب لما تقدم فثبت نسب الولد وان لم تصر الجارية أم ولد له وهل يرد جميع الثمن عند أبى حنيفة نعم وعندهما لا يرد الا قدر قيمة الولد فتعتبر القيمتان و يقسم الثمن على قدر قيمتهما فما أصاب قيمة الام يسقط وما أصاب قيمة الولد يرد لانه ظهر أن الجارية أم ولده ومن باع أم ولده ثم هلكت عند المشترى لا تكون مضمونة عليه عنده وعندهما تكون مضمونة عليه ولقب المسئلة أن أم الولد غير متقومة من حيث انها مال عنده وعندهما متقومة وهى من مسائل العتاق وعلى هذا اذا باعها والحمل غير ظاهر فولدت فى يد المشترى لاقل من ستة أشهر فادعاه البائع وعلى هذا اذا حملت الجارية فى ملكه فباعها وهى حامل فولدت عند المشترى لاقل من ستة أشهر فادعاه البائع هذا اذا ولدت ولداً (فأما) اذا ولدت ولدين فى بطن واحد فادعى البائع فان ادعاهما ثبت نسب الولدين منه وهذا ظاهر وكذا اذا ادعى أحدهما صحت دعوته ولزمه الولدان جميعا لما مر أن التوأمين لا يحتملان الفصل فى النسب لانخلاقهما من ماء واحد فان ولدت أحدهما لاقل من ستة والآخر لاكثر من ستة أشهر فادعى احدهما ثبت نسبهما و يجعل كأنهما ولدتهما جميعا عند البائع لاقل من ستة أشهر لانهما كانا جميعا فى البطن وقت البيع ولو ولدتهما عند البائع فباع أحد الولدين مع الام ثم ادعى الولد الذى عنده ثبت نسبه ونسب الولد المبيع أيضا سواء كان المشترى ادعاه أو أعتقه لما ذكرنا أنهما لا يحتملان الفصل فى ثبات النسب فمن ضرورة ثبوت نسب أحدهما ثبوت نسب الآخر وكذلك لو ولدتهما عند المشترى فأعتق أحدهما ثم ادعى البائع الآخر ثبت نسبهما جميعا و ينتقض العتق ضرورة فرقا بين الولد و بين الام انه لو كان أعتق الام فادعى البائع الولد لا ينتقض العتق فى الام و ينتقض فى الولد لان العتق لا يحتمل الفسخ مقصوداً وانما يحتمله للضرورة وفى الولد ضرورة عدم الاحتمال للانفصال فى النسب ولا ضرورة فى الام لما ذكرنا أن أمومية الولد تنفصل عن اثبات النسب فى الجملة ولو قطعت يد أحد الولدين ثم ادعاهما البائع ثبت نسبهما وكان الارش للمشترى لا للبائع الا أن يقيم البائع البينة على الدعوة قبل البيع فتكون له لما ذكرنا أن ما ثبت بطريق الاستناد ثبت فى الحال ثم يستند فيستدعى قيام المحل للحال واليد المقطوعة هالكة فلا يظهر أثر الدعوة فيها ولو قتل أحدهما ثم ادعاهما البائع ثبت نسبهما وكانت قيمة المقتول لورثة المقتول لا للمشترى فرقا بين القتل والقطع (ووجه) الفرق أن محل حكم الدعوة مقصوداً هو النفس وانما يظهر فى الاطراف تبعا للنفس و بالقطع انقطعت التبعية فلا يظهر حكم الدعوة فيها فسلم الارش للمشترى ونفس كل واحد من التوأمين أصل فى حكم الدعوة فمتى صحت فى أحدهما تصح فى الآخر وان كان مقتولا ضرورة انه لا يتصور الفصل بينهما فى النسب ومتى صحت الدعوة استندت الى وقت العلوق لانها دعوة الاستيلاد فتبين انهما علقا حرين فكان ينبغى أن تجب الدية لورثة المقتول لا القيمة الا انه وجبت القيمة لان صحة هذه الدعوة بطريق الاستناد والمستند يكون ظاهراً من وجه مقتصراً على الحال من وجه فعملنا بالشبهين فأوجبنا القيمة عملا بشبه الاقتصار وجعلنا الواجب لورثة المقتول عملا بشبه الظهور عملا بالدليلين بقدر الامكان وكذلك لو أعتق المشترى أحدهما ثم قتل وترك ميراثا فأخذ ديته وميراثه بالولاء ثم ادعى البائع الولدين فانه يقضى بالحى وامه للبائع و يثبت نسب الولد المقتول منه و يأخذ الدية والميراث من المشترى لما قلنا هذا اذا ولدت فى يد المشترى لاقل من ستة أشهر من وقت البيع فان ولدت لستة أشهر فصاعدا لم تصح دعوة البائع الا أن يصدقه المشترى لانا لم نتيقن بالعلوق فى الملك فلم يمكن تصحيح هذه الدعوة دعوة استيلاد فتصحح دعوة تحرير و يشترط لصحة هذه الدعوة قيام الملك للمدعى وقت الدعوة ولم يوجد فلا تصح الا اذا صدقه المشترى فتصح لانه أقر بنسب عبد غيره وقد صدقه الغير فى ذلك فثبت نسبه و يكون عبداً لمولاه ولو

ادعى المشترى نسبه بعد تصديقه البائع لم يصح لما مر أن النسب متى ثبت لانسان فى زمان لا يتصور ثبوته من غيره بعد ذلك هذا كله اذا كانت الدعوى من البائع فان كانت من المشترى وقد ولدت لاقل من ستة أشهر صحت دعوته وثبت النسب لان هذه دعوة تحرير لا دعوة استيلاد لتيقننا ان العلوق لم يكن فى الملك فيستدعى قيام الملك وقت الدعوة وقد وجد فلو ادعاه البائع بعد ذلك لا تسمع دعوته لما مر أن اثبات نسب ولد واحد من اثنين على التعاقب يمتنع ولو ادعاه البائع والمشترى معاً فدعوة البائع أولى لان دعوته دعوة استيلاد لوقوع العلوق فى الملك وانها تستند الى وقت العلوق ودعوة المشترى دعوة تحرير لوقوع العلوق فى غير الملك بيقين وانها تقتصر على الحال والمستند أولى لانه سابق فى المعنى والاسبق أولى كرجلين ادعيا تلقى الملك من واحد وتاريخ أحدهما أسبق كان الاسبق أولى كذا هذا وعلى هذا اذا ولدت أمة رجل ولداً فى ملكه لستة أشهر فصاعداً فادعاه أبوه ثبت نسبه منه سواء ادعى شبهه أو لا صدقه الابن فى ذلك أو كذبه لان الاقرار بنسب الولد اقرار بوطء الجارية والاب اذا وطئ جارية ابنه من غير نكاح يصير متملكا اياها لحاجته الى نسب ولد يحيا به ذكره ولا يثبت النسب الا بالملك وللاب ولاية تملك مال ابنه عند حاجته اليه ألا ترى انه يتملك ماله عند حاجته الى الانفاق على نفسه كذا هذا الا أن هناك يتملك بغير عوض وهنا بعوض وهو قيمة الجارية لتفاوت بين الحاجتين اذ الحاجة هنالك الى ابقاء النفس والحاجة هنا الى ابقاء الذكر والاسم والتملك بغير عوض أقوى من التملك بعوض لان ما قابله عوض كان تملكا صورة لا معنى وقد دفع الشارع كل حاجة بما يناسبها فدفع حاجة استيفاء المهجة بالتملك بغير بدل وحاجة استيفاء الذكر بالتملك ببدل رعاية للجانبين جانب الابن وجانب الاب وتصديق الابن ليس بشرط فسواء صدقه الابن فى الدعوى والاقرار أو كذبه يثبت النسب فرقا بين هذا وبين المولى اذا ادعى ولد أمة مكاتبه انه لا يثبت نسبه منه الا بتصديق المكاتب (ووجه) الفرق ظاهر لانه لا ولاية للمولى على مال المكاتب فكان أجنبيا عنه فوقعت الحاجة الى تصديقه وللاب ولاية على مال ابنه فلا يحتاج الى تصديقه لصحة هذه الدعوة لكن من شرط صحة هذه الدعوة كون الجارية فى ملك الابن من وقت العلوق الى وقت الدعوة حتى لو اشتراها الابن فجاءت بولد لاقل من ستة أشهر فادعاه الاب لا تصح دعوته لانعدام الملك وقت العلوق وكذا لو باعها فجاءت بولد فى يد المشترى لاقل من ستة أشهر فادعاه الاب لم تصح لانعدام الملك وقت الدعوة وكذا لو كان العلوق فى ملكه وولدت فى ملكه وخرجت عن ملكه فيما بينهما لانقطاع الملك فيما بينهما ثم انما كان قيام الملك للابن فى الجارية من وقت العلوق الى وقت الدعوة شرطا لصحة هذه الدعوة لان الملك يثبت مستنداً الى زمان العلوق ولا يثبت الملك الا بالتملك ولا تملك الا بولاية التملك لان تملك مال الانسان عليه كرها وتنفيذ التصرف عليه جبرا لا يكون الا بالولاية فلا بد من قيام الولاية فاذا لم تكن الجارية فى ملكه من وقت العلوق الى وقت الدعوة لم تتم الولاية فلا يستند الملك وكذلك الاب لو كان كافراً أو عبداً فادعى لا تصح دعوته لان الكفر والرق ينفيان الولاية ولو كان كافراً فأسلم أو عبداً فأعتق فادعى نظر فى ذلك ان ولدت بعد الاسلام أو الاعتاق لاقل من ستة أشهر لم تصح دعوته لانعدام ولاية التملك وقت العلوق وان ولدت لستة فصاعدا صحت دعوته ويثبت النسب لقيام الولاية ولو كان معتوها فأفاق صحت دعوته استحسانا والقياس أن لا تصح لان الجنون مناف للولاية بمنزلة الكفر والرق (وجه) الاستحسان ان الجنون أمر عارض كالاغماء وكل عارض على أصل اذا زال يلتحق بالعدم من الاصل كأنه لم يكن كما لو أغمى عليه ثم أفاق ولو كان مرتداً فادعى ولد جارية ابنه فدعوته موقوفة عند أبى حنيفة لتوقف ولايته وعندهما صحيحة لنفاذ ولايته بناء على ان تصرفات المرتد موقوفة عنده وعندهما نافذة واذا ثبت الولد من الاب فنقول صارت الجارية أم ولد ولا عقر عليه عند أصحابنا الثلاثة رحمهم الله تعالى وعند زفر والشافعى رحمهما الله يجب عليه العقر (وجه) قولهما أن الملك ثبت شرطا لصحة الاستيلاد والاستيلاد ايلاج منزل معلق فكان الفعل قبل الانزال خاليا عن الملك فيوجب العقر ولهذا يوجب نصف العقر فى الجارية المشتركة بين الاجنبيين اذا جاءت بولد فادعاه أحدهما لان

الوطء فى نصيب شريكه حصل فى غير الملك فيوجب نصف العقر (ولنا) أن الايلاج المنزل المعلق من أوله الى آخر ايلاج واحد فكان من أوله الى آخره استيلادا فلا بد وأن يتقدمه الملك أو يقارنه على جارية مملوكة لنفسه فلا عقر بخلاف الجارية المشتركة لان ثمة لم يكن نصيب الشريك شرطا لصحة الاستيلاد وثبات النسب لان نصف الجارية ملكه وقيام أصل الملك يكفى لذلك وانما يثبت حكما للثابت فى نصيبه قضية للنسب ضرورة انه لا يتجزأ وحكم الشئ لا يسبقه بل يتعقبه فوطء المدعى صادف نصيبه ونصيب شريكه ولا ملك له فى نصيب شريكه والوطء فى غير الملك يوجب الحد الا انه سقط للشبهة فوجب العقر وهنا التملك ثبت شرطا لثبوت النسب وصحة الاستيلاد وشرط الشئ يكون سابقا عليه أو مقارنا له فالوطء صادف ملك نفسه فلا يوجب العقر ولا يضمن قيمة الولد أيضا لانه علق حرا وان كانت الجارية مملوكة لا ولاء عليه لان ذلك حكم الاعتاق فيستدعى تقدم الرق ولم يوجد ودعوة الجد أبى الاب ولد جارية ابن الابن بمنزلة دعوة الاب عند انعدامه أو عند انعدام ولايته (فأما) عند قيام ولايته فلا حتى لو كان الجد نصرانيا وحافده مثله والاب مسلم لم تصح دعوة الجد لقيام ولاية الاب وان كان الاب ميتاً أو كان كافراً أو عبداً تصح دعوة الجد لانقطاع ولاية الاب وكذا اذا كان الاب معتوها من وقت العلوق الى وقت الدعوة صحت دعوة الجد لما قلنا فان أفاق ثم ادعى الجد لم تصح دعوته لانه لما أفاق فقد التحق العارض بالعدم من الاصل فعادت ولاية الاب فسقطت ولاية الجد ولو كان الاب مرتداً فدعوة الجد موقوفة عند أبى حنيفة رحمه الله فان قتل على الردة أو مات صحت دعوة الجد وان أسلم لم تصح لتوقف ولايته عنده كتوقف تصرفاته وعندهما لا تصح دعوة الجد لان تصرفاته عندهما نافذة فكانت ولايته قائمة هذا اذا وطئ الاب جارية الابن من غير نكاح (فأما) اذا وطئها بالنكاح ثبت النسب من غير دعوة سواء وطئها بنكاح صحيح أو فاسد لان النكاح يوجب الفراش بنفسه صحيحا كان أو فاسدا ولا يتملك الجارية لانه وطئها على ملك الابن بعقد النكاح وعند الشافعى رحمه الله لا يجوز هذا النكاح لما علم فى كتاب النكاح و يعتق الولد على أخيه بالقرابة لان النسب انما يثبت بعقد النكاح لا بملك اليمين فبقيت الجارية على ملك الابن وقد ملك الابن أخاه فيعتق عليه فان ملك الاب الجارية بوجه من الوجوه صارت أم ولد له لوجود سبب أمومية الولد وهو ثبات النسب الا انه توقف حكمه على وجود الملك فاذا ملكها صارت أم ولد له هذا كله اذا ادعى الاب ولد جارية ابنه فأما اذا ادعى ولد أم ولده أو مدبرته بأن جاءت بولد فنفاه الابن حتى انتفى نسبه منه ثم ادعاه الاب لم يثبت نسبه منه فى ظاهر الرواية وعليه نصف العقر وروى عن أبى يوسف رحمه الله انه فرق بين ولد أم الولد و بين ولد المدبرة فقال لا يثبت نسب ولد أم الولد و يثبت نسب ولد المدبرة من الاب وعليه قيمة الولد والعقر والولاء للابن (وجه) هذه الرواية أن اثبات النسب لا يقف على ملك الجارية لا محالة فان نسب ولد الامة المنكوحة يثبت من الزوج والامة ملك المولى (وأما) القيمة فلانه ولد ثابت النسب علق حراً فأشبه ولد المغرور فيكون حراً بالقيمة والولاء للابن لانه استحقه بالتدبير وانه لا يحتمل الفسخ بعد الاستحقاق بخلاف ولد أم الولد لان أم الولد فراش لمولاها فكان الولد مولوداً على فراش الابن والمولود على فراش انسان لا يثبت نسبه من غيره وان انتفى عنه بالنفى كما فى اللعان والصحيح جواب ظاهر الرواية لان النسب لا يثبت الا بالملك وأم الولد والمدبرة لا يحتملان التملك و يضمن العقر لانه اذا لم يتملكها فقد حصل الوطء فى غير الملك وقد سقط الحد للشبهة فيجب العقر هذا اذا لم يصدقه الابن فى الدعوى بعد ما نفاه فان صدقه ثبت النسب بالاجماع لان نسب ولد جارية الاجنبى يثبت من المدعى بتصديقه فى النسب فنسب ولد جارية الابن أولى و يعتق على الابن لان أخاه ملكه وولاؤه له لان الولاء لمن أعتق ولو ادعى ولد مكاتبة ابنه لم يثبت نسبه منه لان النسب لا يثبت بدون الملك والمكاتبة لا تحتمل التملك فلا تصح دعوته الا اذا عجزت فتنفذ دعوته لانها اذا عجزت فقد عادت قنا وجعل المعارض كالعدم من الاصل فصار كما لو ادعى قبل الكتابة والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأمابيان مايظهر به النسب فالنسب يظهر بالدعوة مرة و بالبينة أخرى أماظهور النسب بالدعوة فيستدعى شرائط صحة الدعوة والاقرار بالنسب وسنذكره فى كتاب الاقرار الا أنه قد يظهر بنفس الدعوة وقد لا يظهر الا بشريطة التصديق فنقول جملة الكلام فيه ان المدعى نسبه اما أن يكون فى يد نفسه واما أن لا يكون فان كان فى يد نفسه لا يثبت نسبه من المدعى الا اذا صدقه لانه اذا كان فى يد نفسه فاقراره يتضمن ابطال يده فلا تبطل الا برضاه وان لم يكن فى يد نفسه فاما أن يكون مملوكا واما ان لم يكن فان كان مملوكا يثبت نسبه بنفس الدعوة اذا كان فى ملك المدعى وقت الدعوة وان كان فى ملك غيره عند الدعوة فان كان علوقه فى ملك المدعى ثبت نسبه بنفس الدعوة أيضا وان لم يكن علوقه فى ملكه لا يثبت نسبه الا بتصديق المالك على ماذكرنا وان لم يكن مملوكا فاما ان لم يكن فى يد أحد لا فى يد غيره ولا فى يد نفسه كالصبى المنبوذ واما ان كان فى يد أحد كاللقيط فان لم يكن فى يد أحد ثبت نسبه بنفس الدعوة استحسانا والقياس أن لا يثبت (وجه) القياس انه ادعى أمراً جائز الوجود والعدم فلابد لترجيح أحد الجانبين من مرجح ولم يوجد فلم تصح الدعوة (وجه) الاستحسان انه عاقل أخبر بما هو محتمل الثبوت وكل عاقل أخبر بما يحتمل الثبوت يجب تصديقه تحسينا للظن به وهو الاصل الا اذا كان فى تصديقه ضرر بالغير وهنا فى التصديق نظر من الجانبين جانب اللقيط بالوصول الى شرف النسب والحضانة والتربية وجانب المدعى بولد يستعين به على مصالحه الدينية والدنيوية وتصديق العاقل فى دعوى ما ينتفع به ولا يتضرر غيره به واجب ولو ادعاه رجلان ثبت نسبه منهما عندنا وعند الشافعى رحمه الله لا يثبت الا من أحدهما ويتعين بقبول القافة على ماذكرنا ولو ادعاه أكثر من رجلين فعند أبى حنيفة رحمه الله يثبت نسبه من خمسة وعند أبى يوسف رحمه الله من اثنين وعند محمد رحمه الله من ثلاثة وقد مرت المسئلة ولو ادعته امرأتان صحت دعوتهما عند أبى حنيفة وعندهما لا تصح وسنذكر الحجج من بعد ان شاء الله تعالى هذا اذا لم يكن فى يد أحد فان كان وهو اللقيط ثبت نسبه من الملتقط بنفس الدعوة استحسانا والقياس أن لا يثبت الا بالبينة وقد ذكرنا وجههما فيما تقدم وكذا من الخارج صدقه الملتقط فى ذلك أو لا استحسانا والقياس أن لا يثبت اذا كذبه (وجه) القياس أن هذا اقرار تضمن ابطال يد الملتقط لان يده عليه ثابتة حقيقة وشرعا حتى لو أراد غيره أن ينزعه من يده جبراً ليحفظه ليس له ذلك والاقرار اذا تضمن ابطال الغير لا يصح وجه الاستحسان ان يد المدعى أنفع للصبى من يد الملتقط لانه يقوم بحضانته وتربيته ويتشرف بالنسب فكان المدعى به أولى وسواء كان المدعى مسلما أو ذميا استحسانا والقياس أن لا تصح دعوة الذمى (ووجهه) أنا لو صححنا دعوته وأثبتنا نسب الولد منه للزمنا استتباعه فى دينه وهذا يضر فلا تصح دعوته وجه الاستحسان أنه ادعى أمرين ينفصل أحدهما عن الآخر فى الجملة وهو النسب والتبعية فى الدين إذ ليس من ضرورة كون الولد منه أن يكون على دينه الا يرى أنه لو أسلمت أمه يحكم باسلامه وان كان أبوه كافراً فيصدق فيما ينفعه ولا يصدق فيما يضره ويكون مسلما وذكر فى النوادر أن من التقط لقيطا فادعاه نصرانى فهو ابنه ثم ان كان عليه زى المسلمين فهو مسلم وان كان عليه زى الشرك بان يكون فى رقبته صليب ونحو ذلك فهو على دين النصارى هذا اذا أقر الذمى أنه ابنه فان أقام البينة على ذلك فان كان الشهود من أهل الذمة لا تقبل شهادتهم فى استتباع الولد فى دينه لان هذه شهادة تضمنت ابطال يد المسلم وهو الملتقط فكانت شهادة على المسلم فلا تقبل وان كانوا من المسلمين تقبل ويكون الولد على دينه فرقا بين الاقرار و بين البينة وذلك أنه متهم فى اقراره ولا تهمة فى الشهادة وسواء كان المدعى حراً أو عبداً لانه ادعى شيئين أحدهما يحتمل الفصل على الآخر وهو النسب والرق فيصدق فيما ينفعه ولا يصدق فيما يضره ولو ادعاه الخارج والملتقط معاً فالملتقط أولى لاستوائهما فى الدعوة ونفع الصبى فترجح باليد فان سبقت دعوة الملتقط لا تسمع دعوة الخارج لانه ثبت نسبه منه فلا يتصور ثبوته من غيره بعد ذلك الا أن يقيم البينة لان الدعوة لا تعارض البينة ولو ادعاه خارجان فان كان

أحدهما مسلماً والآخر ذمياً فالمسلم أولى لانه يتبعه فى الاسلام فكان أنفع للصبي وكذا اذا ادعته مسلمة وذمية فالمسلمة أولى ولو شهد للذمى مسلمان وللمسلم ذميان فهو للمسلم لان الحجتين وان تعارضتا فاسلام المدعى كاف للترجيح ولو كان أحدهما حراً والآخر عبداً فالحر أولى لانه أنفع للقيط وان كانا حرين مسلمين فان ذكر أحدهما علامة فى بدن اللقيط ولم يذكر الآخر فوافقت دعوته العلامة فصاحبها أولى لرجحان دعواه بالعلامة لان الشرع ورد بالترجيح بالعلامة فى الجملة قال الله تبارك وتعالى فى قصة سيدنا يوسف عليه أفضل التحية وشهد شاهد من أهلها ان كان قميصه قد من قبل فصدقت وهو من الكاذبين وان كان قميصه قد من دبر فكذبت وهو من الصادقين فلما رأى قميصه قد من دبر قال انه من كيدكن ان كيدكن عظيم جعل قد القميص من خلف دليل مراودتها اياه لما أن ذلك علامة جذبها اياه الى نفسها والقد من قدام علامة دفعها اياه عن نفسها وكذلك قال أصحابنا فى لؤلئى ودباغ فى حانوت واحد هو فى أيديهما فيه لؤلؤ واهاب فتنازعا أنه فيهما يقضى باللؤلؤ للؤلئى وبالاهاب للدباغ لان الظاهر يشهد باللؤلؤ للؤلئى وبالاهاب للدباغ وكذلك قالوا فى الزوجين اختلفا فى متاع البيت أن ما يكون للرجال يجعل فى يد الزوج وما يكون للنساء يجعل فى يدها ونحو ذلك من المسائل بناء على ظاهر الحال وغالب الامر كذا هذا فان ادعى أحدهما علامات فى هذا اللقيط فوافق البعض وخالف البعض ذكر الكرخى رحمه الله أنه يثبت نسبه منهما لانه وقع التعارض فى العلامات فسقط الترجيح بها كان سكت عن ذكر العلامة رأساً وان لم يذكر أحدهما علامة أصلا ولكن لاحدهما بينة فانه يقضى له لان الدعوة لا تعارض البينة وان لم يكن لاحدهما بينة ثبت نسبه منهما جميعا وهذا عندنا لاستوائهما فى الدعوة وعند الشافعى رحمه الله لا يثبت نسبه الا من أحدهما ويتعين بقول القافة على ما ذكرنا والكلام مع الشافعى رحمه الله تقدم ولو كان المدعى أكثر من رجلين فهو على الخلاف الذى ذكرناه فى الجارية المشتركة ولو قال أحد المدعيين هو ابنى وهو غلام فاذا هو جارية لم يصدق لانه ظهر كذبه بيقين ولو قال أحدهما هو ابنى وقال الآخر هو ابنتى فاذا هو خنثى يحكم مباله فان كان يبول من مبال الرجال فهو ابن مدعى البنوة وان كان يبول من مبال النساء فهى ابنة مدعى البنتية وان كان يبول منهما جميعاً يعتبر السبق فان استويا فى السبق فهو مشكل عند أبى حنيفة وعندهما تعتبر كثرة البول فان استويا فى ذلك فهو مشكل لان هذا حكم الخنثى وينبغى أن يثبت نسبه منهما جميعاً ولو قال الملتقط هو ابنى من زوجتى هذه فصدقته فهو ابنهما حرة كانت أو أمة غير انها ان كانت حرة كان الابن حراً بالاجماع وان كانت أمة كان ملكا لمولى الامة عند أبى يوسف وعند محمد يكون حراً وجه قول محمد أن نسبه وان ثبت من الامة لكن فى جعله تبعا لها فى الرق مضرة بالصبي وفى جعله حرا منفعة له فيتبعها فيما ينفعه ولا يتبعها فيما يضره كالذمى اذا ادعى نسب لقيط ثبت نسبه منه لكن لا يتبعه فيما يضره وهو دينه لما قلنا كذا هذا وجه قول أبى يوسف ان الاصل أن الولد يتبع الام فى الرق والحرية فكان من ضرورة ثبوت النسب منها أن يكون رقيقا والرق وان كان يضره فهو ضرر يلحقه ضرورة غيره فلا يعتبر ولو ادعته امرأة أنه ابنها وهى حرة أو أمة ذكر فى الاصل انها لا تصدق على ذلك حتى تقيم البينة انها ولدته وان أقامت امرأة واحدة على الولادة قبلت اذا كانت حرة عدلة أطلق الجواب فى الاصل ولم يفصل بين ما اذا كان لها زوج أم لا منهم من حمل هذا الجواب على ما اذا كان لها زوج لانه اذا كان لها زوج كان فى تصحيح دعوتها حمل النسب على الغير فلا تصح الا بالبينة أو بتصديق الزوج فاما اذا لم يكن لها زوج فلا يتحقق معنى التحميل فيصح من غير بينة ومنهم من حقق جواب الكتاب وأجرى رواية الاصل على اطلاقها وفرق بين الرجل والمرأة فقال يثبت نسبه من الرجل بنفس الدعوة ولا يثبت نسبه منها الا ببينة ووجه الفرق أن النسب فى جانب الرجال يثبت بالفراش وفى جانب النساء يثبت بالولادة ولا تثبت الولادة الا بدليل وأدنى الدلائل عليها شهادة القابلة ولو ادعته امرأتان فهو ابنهما عند أبى حنيفة وكذا اذا كن خمسا عنده وعندهما لا يثبت نسب الولد من المرأتين أصلا وجه قولهما أن النسب فى جانب النساء يثبت بالولادة وولادة ولد

واحد من امرأتين لا يتصور فلا يتصور ثبوت النسب منهما بخلاف الرجال لان النسب فى جانبهم يثبت بالفراش ولابى حنيفة أن سبب ظهور النسب هو الدعوة وقد وجدت من كل واحدة منهما وما قالا ان الحكم فى جانبهن متعلق بالولادة فنعم لكن فى موضع أمكن وهنا لا يمكن فتعلق بالدعوة وقد ادعياه جميعا فيثبت نسبه منهما وعلى هذا لو ادعاه رجل وامرأتان يثبت نسبه من الكل عنده وعندهما يثبت من الرجل لا غير ولو ادعاه رجلان وامرأتان كل رجل يدعى أنه ابنه من هذه المرأة والمرأة صدقته فهو ابن الرجلين والمرأتين عند أبى حنيفة وعندهما ابن الرجلين لا غير وأما ظهور النسب بالبينة فنقول وبالله التوفيق البينة يظهر بها النسب مرة ويتأكد ظهوره أخرى فكل نسب يجوز ثبوته من المدعى اذا لم يحتمل الظهور بالدعوة أصلا لا بنفسها ولا بقرينة التصديق بان كان فيه حمل النسب على الغير ونحو ذلك يظهر بالبينة وكذا ما احتمل الظهور بالدعوة لكن بقرينة التصديق اذا انعدم التصديق وظهر أيضا بالبينة وكل نسب يحتمل الظهور بنفس الدعوة يتأكد ظهوره بالبينة كما اذا ادعى اللقيط رجل الملتقط أو غيره وثبت نسبه من المدعى ثم ادعاه رجل آخر وأقام البينة يقضى له لان النسب وان ظهر بنفس الدعوة لكنه غير مؤكد فاحتمل البطلان بالبينة وكذا لو ادعاه رجلان معا ثم أقام أحدهما البينة فصاحب البينة أولى لما قلنا واذا تعارضت البينتان فى النسب فالاصل فيه ما ذكرنا فى تعارض البينتين على الملك أنه ان أمكن ترجيح احداهما على الاخرى يعمل بالراجح وان تعذر الترجيح يعمل بهما الا أن هناك اذا تعذر الترجيح يعمل بكل واحدة منهما من وجه بقدر الامكان وهنا يعمل بكل واحدة منهما من كل وجه ويثبت النسب من كل واحد من المدعيين لامكان اثبات النسب لولد واحد من اثنين على الكمال واستحالة كون الشئ الواحد مملوكا لاثنين على الكمال فى زمان واحد اذا عرفنا هذا فنقول جملة الكلام فيه أن تعارض البينتين اما ان يكون بين الخارج و بين ذى اليد واما ان يكون بين الخارجين و بين ذى اليد فان كان بين الخارج وذى اليد فبينة ذى اليد أولى لانهما استويا فى البينة فيرجح صاحب اليد باليد وان كان بين الخارجين و بين ذى اليد فان أمكن ترجيح أحدهما بوجه من الوجوه من الاسلام والحرية والعلامة واليد وقوة الفراش وغير ذلك من أسباب الترجيح يعمل بالراجح وان استويا يعمل بهما ويثبت النسب منهما وعلى هذا اذا ادعى أحدهما أن اللقيط ابنه وادعى الآخر انه عبده يقضى للذى ادعى أنه ابنه لانه يدعى الحرية والآخر يدعى الرق فبينة الحرية أقوى وكذلك لو أقام أحدهما البينة انه ابنه من هذه الحرة وأقام الآخر البينة انه ابنه من هذه الامة فهو ابن الحر والحرة لما قلنا ولو أقام كل واحد منهما البينة انه ابنه من امرأة حرة فهو ابن الرجلين وابن المرأتين على قياس قول أبى حنيفة رحمه الله وعندهما ابن الرجلين لا غير لما مر ولو ادعاه رجلان ووقتت بينة كل واحد منهما فان استوى الوقتان ثبت النسب منهما لاستواء البينتين ولو كان وقت احداهما أسبق يحكم سن الصبى فيعمل عليه لانه حكم عدل فان أشكل سنه فعلى قياس قول أبى حنيفة يقضى لاسبقهما وقتا وعندهما يقضى لهما وجه قولهما أنه اذا أشكل السن سقط اعتبار التاريخ أصلا كانهما سكتا عنه ولابى حنيفة رحمه الله انه اذا أشكل السن لم يصلح حكما فبقى الحكم للتاريخ فيرجح الاسبق ولو ادعى رجل أن اللقيط ابنه وأقام البينة وادعت المرأة انه ابنها واقامت البينة فهو ابنهما لعدم التنافى بين ثبوت نسبه منهما كما اذا ادعاه رجلان بل أولى وعلى هذا غلام قد احتلم ادعى على رجل وامرأة انه ابنهما وأقام البينة وادعى رجل آخر وامرأته أن الغلام ابنهما وأقاما البينة ثبت نسب الغلام من الاب والام الذى ادعاه الغلام أنه ابنهما ويبطل النسب الذى أنكره الغلام لان البينتين تعارضتا وترجحت بينة الغلام بيده اذ هو فى يد نفسه كالخارجين اذا أقاما البينة ولاحدهما يد كان صاحب اليد أولى كذا هنا وكذلك لو كان الغلام نصرانيا فأقام بينة من المسلمين على رجل نصرانى وامرأة نصرانية وادعاه مسلم ومسلمة فبينة الغلام أولى ولا تترجح بينة المدعى المسلم لانه لا يدله وان كان مسلما وان كان بينة الغلام من النصارى يقضى بالغلام للمسلم والمسلمة لان شهادة الكافر على المسلم غير مقبولة فالتحقت بالعدم فبقى مجرد الدعوة فلا تعارض البينة و يجبر الغلام على الاسلام غلام فى

يد انسان ادعى صاحب اليد أنه ابنه وولدته أمته هذه فى ملكه وأقام البينة على ذلك وادعى خارج أن الغلام ابنه ولدته الامة فى ملكه وأقام البينة فان كان الغلام صغيرا لا يتكلم يقضى به لصاحب اليد لاستوائهما فى البينة فيرجح صاحب اليد باليد كما فى النكاح وان كان كبيرا يتكلم فقال أنا ابن الآخر يقضى بالامة والغلام للخارج لان الغلام اذا كان كبيرا يتكلم فى يد نفسه فالبينة التى يدعيها الغلام أولى وكذلك لو كان الغلام ولد حرة وهما فى يد رجل فأقام صاحب اليد البينة على انه ولد على فراشه والغلام يتكلم و يدعى ذلك وأقام الخارج البينة على ملكه يقضى بالمرأة وبالولد للذى هما فى يده لما قلنا وان كان الذى فى يده من أهل الذمة والمرأة ذمية وأقام شهودا مسلمين يقضى بالمرأة والولد للذى هما فى يده لان شهادة المسلمين حجة مطلقة ولو أقام الخارج البينة على انه تزوجها فى وقت كذا وأقام الذى فى يده البينة على وقت دونه يقضى للخارج لانه اذا ثبت سبق أحد النكاحين كان المتأخر منهما فاسدا فالبينة القائمة على النكاح الصحيح أقوى فكانت أولى وعلى هذا غلام قد احتلم ادعى انه ابن فلان ولدته أمته فلانة على فراشه وذلك الرجل يقول هو عبدى ولد أمتى التى زوجتها عبدى فلانا فولدت هذا الغلام منه والعبد حى يدعى ذلك فهو ابن العبد لانه تعارض الفراشان فراش النكاح وفراش الملك وفراش النكاح أقوى لانه لا ينتفى الا باللعان وفراش الملك ينتفى بمجرد النفى فكان فراش النكاح أقوى فكان أولى ولو ادعى الغلام انه ابن العبد من هذه الامة فأقر العبد بذلك وقامت عليه البينة وادعى المولى انه ابنه فهو ابن العبد لما قلنا و يعتق لانه ادعى نسبه والاقرار بالنسب يتضمن الاقرار بالحرية فان لم يعمل فى النسب يعمل فى الحرية وكذلك لو مات الرجل وترك مالا فأقام الغلام البينة انه ابن الميت من أمته وأقام الآخر البينة انه عبده ولدته أمته من زوجها فلان والزوج عبده أيضا والعبد حى يدعى ذلك يقضى له بالنسب لانه يدعى فراش النكاح وانه أقوى فان كان العبد ميتا ثبت نسب الغلام من الحر وورث منه لان بينة الغلام خلت عن المعارض لانعدام الدعوة من العبد فيجب العمل بها والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما صفة النسب الثابت فالنسب فى جانب النساء اذا ثبت يلزم حتى لا يحتمل النفى أصلا لانه فى جانبهن يثبت بالولادة ولا مرد لها (وأما) فى جانب الرجال فنوعان نوع يحتمل النفى ونوع لا يحتمله أما ما يحتمل النفى فنوعان (نوع) ينتفى بنفس النفى من غير لعان ونوع لا ينتفى بنفس النفى بل بواسطة اللعان (أما الذى) ينتفى بنفس النفى فهو نسب ولد أم الولد لان فراش أم الولد ضعيف لانه غير لازم حتى احتمل النقل الى غيره بالتزويج فاحتمل الانتفاء بنفس النفى من غير الحاجة الى اللعان (وأما) الذى لا ينتفى بمجرد النفى فهو نسب ولد زوجة يجرى بينهما اللعان وهو ان يكون الزوجان حرين مسلمين عاقلين بالغين غير محدودين فى القذف على ماذكرنا فى كتاب اللعان لان فراش النكاح لازم لا يحتمل النقل فكان قويا فلا يحتمل الانتفاء بنفس النفى ما لم ينضم اليه اللعان ولهذا اذا كان العلوق بنكاح فاسد أو شبهة نكاح لا ينتفى نسب الولد بالنفى لان الانتفاء بواسطة اللعان ولا لعان فى النكاح الفاسد لانعدام الزوجية حقيقة لما علم فى كتاب اللعان والله تعالى أعلم (وأما الذى) لا يحتمل النفى فهو نسب ولد زوجة لا يجرى بينهما اللعان فاذا كان الزوجان ممن لا لعان بينهما لا ينتفى نسب الولد بالنفى وكذا النسب بعد الاقرار به لا يحتمل النفى لان النفى يكون انكارا بعد الاقرار فلا يسمع الا ان الاقرار نوعان نص ودلالة لما ذكرنا فى كتاب اللعان

﴿ فصل ﴾ وأما حكم تعارض الدعوتين لا غير أما حكمه فى النسب فقد مر ذكره فى أثناء مسائل النسب وأما حكمه فى الملك فالكلام فيه فى موضعين (أحدهما) فى حكم تعارض الدعوتين فى أصل الملك والثانى فى قدر الملك أما الاول فسبيل تعارض الدعوتين فى أصل الملك ما هو سبيل تعارض البينتين فيه من طلب الترجيح والعمل بالراجح عند الامكان وعند تعذر العمل بهما بقدر الامكان تصحيحا للدعوتين بالقدر الممكن وبيان ذلك فى مسائل رجلان ادعيا دابة أحدهما راكبها والآخر متعلق بلجامها فهى للراكب لانه مستعمل للدابة فكانت فى يده (وكذلك) اذا

كان لاحدهما عليه حمل وللآخر عليه كور معلق أو مخلاة معلقة فصاحب الحمل أولى لما قلنا ولو كانا جميعا راكبين
لكن أحدهما في السرج والآخر رديفه فهي لهما في ظاهر الرواية (وروى) عن أبي يوسف رحمه الله انها للراكب
السرج لقوة يده (وجه) ظاهر الرواية انهما جميعاً استويا في أصل الاستعمال فكانت الدابة في أيديهما فكانت
لهما ولو كانا جميعاً راكبين في السرج فهي لهما اجماعاً لاستوائهما في الاستعمال ولو ادعيا عبداً صغيراً لا يعبر
عن نفسه وهو في أيديهما فهو بينهما لانه اذا كان لا يعبر عن نفسه كان بمنزلة العروض والبهائم فتبقى اليد عليه ألا ترى انه
لو ادعى صبياً صغيراً مجهول النسب في يده انه عبده ثم كبر الصبي فادعى الحرية فالقول قول صاحب اليد ولا تسمع
دعوى الحرية الا ببينة لانه كان في يده وقت الدعوة فلا تزول يده عنه الا بدليل (وبمثله) لو ادعى غلاما كبيراً انه
عبده وقال الغلام أنا حر فالقول قول الغلام لانه ادعاه في حال هو في يد نفسه فكان القول قوله ولو ادعيا عبداً
كبيراً فقال العبد أنا عبد لاحدهما فهو بينهما ولا يصدق العبد في ذلك وكذا اذا كان العبد في يد رجل فاقر انه لرجل
آخر فالقول قول صاحب اليد ولا يصدق العبد في اقراره انه لغيره لان اقراره بالرق اقرار بسقوط يده عن نفسه فكان
في يد صاحب اليد فلا يسمع قوله انه لغيره لان العبد لا قول له ولو قال كنت عبد فلان فاعتقني وأنا حر فكذلك عند
أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وروى عن أبي يوسف ان القول قول العبد ويحكم بحريته لان العبد متمسك بالاصل اذ
الحرية أصل في بني آدم فكان الظاهر شاهداً له فالصحيح جواب ظاهر الرواية لانه لما أقر انه كان عبداً فقد أقر بزوال
حكم الاصل وثبوت العارض وهو الرق منه فصار الرق فيه هو الاصل فكان الظاهر شاهداً له ولو ادعيا ثوبا
وأحدهما لابسه والآخر متعلق بذيله فاللابس أولى لانه مستعمل للثوب (ولو ادعيا) بساطاً وأحدهما جالس
عليه والآخر متعلق به فهو بينهما ولا يكون الجالس بجلوسه والنوم عليه أولى لاستوائهما في اليد عليه (ولو ادعيا)
داراً وأحدهما ساكن فيها فهي للساكن (وكذلك) لو كان أحدهما أحدث فيها شيئاً من بناء أو حفر فهي لصاحب
البناء والحفر لان سكنى الدار واحداث البناء والحفر تصرف في الدار فكانت في يده ولو لم يكن شيء من ذلك
ولكن أحدهما داخل فيها والآخر خارج منها فهي بينهما (وكذا) اذا كانا جميعاً فيها لان اليد على العقار لا تثبت
بالكون فيه وانما تثبت بالتصرف فيه ولو وجد خياط يخيط ثوباً في دار انسان فاختلفا في الثوب فالقول لصاحب
الدار لان الثوب وان كان في يد الخياط صورة فهو في يد صاحب الدار معنى لان الخياط وما في يده في داره والدار في يده
فما فيها يكون في يده (حمال) خرج من دار رجل وعلى عاتقه متاع فان كان ذلك الحامل يعرف ببيع ذلك وحمله
فهو له لان الظاهر شاهد له وان كان يعرف بذلك فهو لصاحب الدار لان الظاهر شاهد له (وكذلك) حمال عليه كارة
وهو في دار بزاز اختلفا في الكارة فان كانت الكارة مما يحمل فيها فالقول قول الحمال لان الظاهر شاهد له وان كانت مما
لا يحمل فيها فالقول قول صاحب الدار لان الظاهر شاهد له رجل اصطاد طائراً في دار رجل فاختلفا فيه فان اتفقا
على انه على أصل الاباحة لم يستول عليه قط فهو للصائد سواء اصطاده من الهواء أو من الشجر أو الحائط لانه الآخذ
دون صاحب الدار اذ الصيد لا يصير مأخوذاً بكونه على حائط او شجرة وقد قال عليه الصلاة والسلام الصيد
لمن أخذه وان اختلفا فقال صاحب الدار اصطدته قبلك أو ورثته وأنكر الصائد فانه ينظر ان أخذه من الهواء
فهو له لانه الآخذ اذ لا يد لاحد على الهواء وان أخذه من جداره أو شجره فهو لصاحب الدار لان الجدار
والشجر في يده وكذلك ان اختلفا في أخذه من الهواء أو من الجدار فالقول قول صاحب الدار لان الاصل ان
ما في دار انسان يكون في يده هكذا روى عن أبي يوسف مسألة للصيد على هذا الفصل ولو ادعيا وأحدهما
ساكن فيها فهي للساكن فيها وكذا لو كان احدث فيها شيئاً من بناء أو حفر فهي لصاحب البناء والحفر لان
سكنى الدار واحداث البناء والحفر تصرف في الدار فكانت في يده ولو لم يكن شيء من ذلك ولكن أحدهما
داخل فيها والآخر خارج منها فهي بينهما وكذا لو كانا جميعاً فيها لان اليد على العقار لا تثبت بالكون فيها وانما

تثبت بالتصرف فيها ولم يوجد ولو ادعيا حائطاً من دارين ولاحدهما عليه جذوع فهو له لانه مستعمل للحائط ولو كان لكل واحد منهما جذوع فان كانت ثلاثة أو أكثر فهي بينهما نصفان سواء استوت جذوع كل واحد منهما أو كانت لاحدهما أكثر بعد ان كان لكل واحد منهما ثلاثة جذوع لانهما استويا في استعمال الحائط فاستويا في ثبوت اليد عليه ولو أراد صاحب البيت ان يتبرع على الآخر بما زاد على الثلاثة ليس له ذلك لكن يقال له زد أنت أيضاً الى تمام عدد خشب صاحبك ان أطاق الحائط حملها والا فليس لك الزيادة ولا النزع ولو كان لاحدهما ثلاثة جذوع وللآخر جذع أو جذعان فالقياس ان يكون الحائط بينهما نصفين وفي الاستحسان لا يكون (وجه) القياس ان زيادة الاستعمال بكثرة الجذوع زيادة من جنس الحجة والزيادة من جنس الحجة لا يقع بها الترجيح ألا ترى انه لو كان لاحدهما ثلاثة وللآخر أربعة كان الحائط بينهما نصفين وان كان استعمال أحدهما أكثر دل ان المعتبر أصل الاستعمال لا قدره وقد استويا فيه (ووجه) الاستحسان ان يقال نعم لكن أصل الاستعمال لا يحصل بما دون الثلاثة لان الجدار لا يبنى له عادة وانما يبنى لا كثر من ذلك الا ان الاكثر مما لا نهاية له والثلاثة أقل الجمع الصحيح فقيد به فكان ماوراء موضع الجذوع لصاحب الكثير وأما موضع الجذع الواحد فكذلك على رواية كتاب الاقرار وانما لصاحب القليل حق وضع الجذع لا أصل الملك وعلى رواية كتاب الدعوى له موضع الجذع من الحائط وماوراءه لصاحب الكثير (وجه) هذه الرواية ان صاحب القليل مستعمل لذلك القدر حقيقة فكان ذلك القدر في يده فيملكه (جه) رواية الاقرار مامر ان الاستعمال لا يحصل بالجذع والجذعين لان الحائط لا يبنى له عادة فلم يكن شيء من الحائط في يده فكان كله في يد صاحب الكثير الا انه ليس له دفع الجذوع وان كان موضع الجذع مملوكا له لجواز ان يكون أصل الحائط مملوكا لانسان ولآخر عليه حق الوضع بخلاف مالو أقام البينة ان الحائط له لان له ان يدفع لان البينة حجة مطلقة فاذا أقامها تبين ان الوضع من الاصل كان بغير حق ولاية الدفع وليس له ذلك حال عدم البينة لانا انما جعلنا الحائط له لظاهر اليد والظاهر يصلح للتقرير لا للتغيير فهو الفرق ولو كان الحائط متصلا ببناء احدى الدارين اتصال التزاق وارتباط فهو لصاحب الاتصال لانه كالمتعلق به ولو كان لاحدهما اتصال التزاق وللآخر جذوع فصاحب الجذوع أولى لانه مستعمل للحائط ولا استعمال من صاحب الاتصال ولو كان لاحدهما اتصال التزاق وارتباط وللآخر اتصال تربيع فصاحب التربيع أولى لان اتصال التربيع أقوى من اتصال الالتزاق ولو كان لاحدهما اتصال تربيع وللآخر جذوع فالحائط لصاحب التربيع ولصاحب الجذوع حق وضع الجذوع لكن الكلام في صورة التربيع فنقول ذكر الطحاوي رحمه الله ان التربيع هو ان يكون انصاف اللبان الحائط مداخلة حائط احدى الدارين يبنى كذلك كالازج والطاقات فكان بمعنى النتاج فكان صاحب الاتصال أولى وذكر الكرخي رحمه الله ان تفسير التربيع ان يكون طرفا هذا الحائط المدعى مداخلين حائط احدى الدارين وهذا التفسير منقول عن أبي يوسف رحمه الله فيصير الحاصل ان المداخلة اذا كانت من جانبي الحائط كان صاحب الاتصال أولى بلا خلاف وان كانت من جانب واحد فعلى قول الطحاوي رحمه الله صاحب الاتصال أولى وعلى قول الكرخي رحمه الله صاحب الجذوع أولى وجه قول الطحاوي ما ذكرنا ان ذلك بمعنى النتاج حيث حدث من بنائه كذلك فكان هو أولى وجه قول الكرخي ان المداخلة من الجانبين توجب الاتحاد وجعل الكل بناء واحداً فسقط حكم الاستعمال لضرورة الاتحاد فملك البعض يوجب ملك الكل ضرورة الا انه لا يجبر على الرفع بل يترك على حاله لان ذلك ليس من ضرورات ملك الاصل بل يحتمل الانفصال عنه في الجملة الا ترى ان السقف الذي هو بين بيت العلو و بين بيت السفل هو ملك صاحب السفل ولصاحب العلو عليه حق القرار حتى لو أراد صاحب السفل رفع السقف منع منه شرعا كذا هذا جاز ان يكون الملك لصاحب الاتصال ولصاحب الجذوع حق وضع الجذع عليه بخلاف ما اذا أقام البينة

انه يجبر على الرفع وقد تقدم وجه الفرق بينهما ثم فرع أبو يوسف على ماروى عنه من تفسير التربيع انه اذا اشترى داراً ولرجل آخر دار بجنب تلك الدار و بينهما حائط وأقام الرجل البينة انه له فاراد المشترى ان يرجع على البائع بحصته من الثمن ان كان متصلا ببناء حائط المدعى ليس له ان يرجع على البائع لانه اذا كان متصلا ببنائه لم يتناول البيع فلم يكن مبيعاً فلا يكون للمشترى حق الرجوع وان لم يكن متصلا ببناء المدعى وهو متصل ببناء الدار المبيعة فللمشترى ان يرجع على البائع بحصة الحائط من الثمن لانه اذا كان متصلا بحائط الدار المبيعة تناوله البيع فكان مبيعاً فيثبت الرجوع عند الاستحقاق وان كان متصلا بحائط الدار المبيعة وللآخر عليه جذوع لا يرجع وهذا يؤيد رواية الكرخى ان صاحب الجذوع أولى من صاحب الاتصال اذا كان من جانب واحد ولو كان اتصال تربيع واستحق المشترى الرجوع على البائع لا تنزع الجذوع بل تترك على حالها لما ذكرنا ولو كان لاحدهما عليه سترة أو بناء وصاحبه مقر بان السترة والبناء له فالحائط لصاحب السترة لانه مستعمل الحائط بالسترة فكان فى يده ولو لم يكن عليه سترة ولكن لاحدهما عليه مرادى هو القصب الموضوع على رأس الجدار فهو بينهما ولا يستحق بالمرادى والبوادى شيألان وضع المرادى على الحائط ليس بامر مقصود لان الحائط لا يبنى له فكان ملحقاً بالعدم فلا يتعلق به الاستحقاق ولو كان وجه الحائط الى أحدهما وظهره الى الآخر وكان انصاف اللبن أو الطاقات الى أحدهما فلا حكم لشئ من ذلك عند أبى حنيفة رحمه الله والحائط بينهما وعندهما الحائط لمن اليه وجه البناء وانصاف اللبن والطاقات وهذا اذا جعل الوجه وقت البناء حين ما بنى فاما اذا جعل بعد البناء بالنقش والتطين فلا عبرة بذلك اجماعا وعلى هذا الخلاف اذا ادعيا باباً مغلقاً على حائط بين دارين والغلق الى احدهما فالباب لهما عنده وعندهما لمن اليه الغلق ولو كان للباب غلقان من الجانبين فهو لهما اجماعا وعلى هذا الخلاف خص بين دارين أو بين كرمين والقمط الى أحدهما فالخص بينهما عند أبى حنيفة رحمه الله ولا ينظر الى القمط وعندهما الخص لمن اليه القمط وجه قولهما فى هذه المسائل اعتبار العرف والعادة فان الناس فى العادات يجعلون وجه البناء وانصاف اللبن والطاقات والغلق والقمط الى صاحب الدار فيدل على انه بناؤه فكان فى يده ولابى حنيفة رحمه الله ان هذا دليل اليد فى الماضى لا وقت الدعوة واليد فى الماضى لا تدل على اليد وقت الدعوة والحاجة فى اثبات اليد وقت الدعوة ثم فى كل موضع قضى بالملك لاحدهما لكون المدعى فى يده تجب عليه اليمين لصاحبه اذا طلب فان حلف برئ وان نكل يقضى عليه بالنكول وعلى هذا اذا اختلفا فى المرور فى دار ولاحدهما باب من داره الى تلك الدار فلصاحب الدار منع صاحب الباب عن المرور فيها حتى يقيم البينة ان له فى داره طريقا ولا يستحق صاحب الباب بالباب شيئا لان فتح الباب الى دار غيره قد يكون بحق لازم وقد يكون بغير حق أصلا وقد يكون بحق غير لازم وهو الاباحة فلا يصلح دليلا على حق المرور فى الدار مع الاحتمال وكذا لو شهد الشهود ان صاحب الدار كان يمر فيها لم يستحق بهذه الشهادة شيئاً لاحتمال أن مروره فيها كان غصباً أو اباحة ولئن دلت على انه كان لحق المرور لكن فى الزمان الماضى لان الشهادة قامت عليه فلا يثبت بها الحق للحال ولو شهدوا ان له فيها طريقا فان حدوا الطريق فسموا طوله وعرضه قبلت شهادتهم وكذلك اذا لم يحدوه كذا ذكر فى الكتاب ومن أصحابنا رحمهم الله من حمل المسئلة على ما اذا شهدوا على اقرار صاحب الدار بالطريق لان المشهود به مجهول وجهالة المشهود به تمنع صحة الشهادة اما جهالة المقر به فلا تمنع صحة الاقرار ومنهم من أجرى جواب الكتاب على اطلاقه لان الطريق طوله معلوم وعرضه مقدار عرض الباب فى متعارف الناس وعاداتهم فكانت هذه شهادة بمعلوم فتقبل وكذلك لو شهدوا ان أباه مات وترك طريقا فى هذه الدار فهو على ما ذكرنا وعلى هذا اذا كان لرجل ميزاب فى دار رجل فاختلفا فى مسيل الماء فلصاحب الدار ان يمنعه عن التسييل حتى يقيم البينة ان له فى هذه الدار مسيل ماء ولا يستحق صاحب الميزاب بنفس الميزاب شيئا لما ذكرنا وذكر الفقيه أبو الليث رحمه الله ان الميزاب اذا كان قديما فله حق التسييل وذكر محمد فى كتاب الشرب فى نهر فى أرض رجل يسيل فيه الماء فاختلفا فى ذلك فالقول قول صاحب الماء لانه اذا كان يسيل

فيه

فيه الماء كان النهر مشغولا بالماء فكان النهر مستعملا به فكان في يده بخلاف الميزاب فان موضوع المسئلة فيما اذا لم يكن في الميزاب ماء عند الاختلاف حتى لو كان فيه ماء كان حكمه حكم النهر والله سبحانه وتعالى أعلم ولو شهدوا انهم رأوا الماء يسيل في الميزاب فليست هذه الشهادة بشئ لان التسييل قد يكون بغير حق وكذا الشهادة ماقامت بحق كائن على مامر ولو شهدوا ان له حقا في الدار من حيث التسييل فان بينوا انه لماء المطر فهو لماء المطر وان بينوا انه مسيل ماء دائم للغسل والوضوء فهو كذلك وان لم يبينوا تقبل شهادتهم أيضا ويكون القول قول صاحب الدار مع يمينه انه للغسل والوضوء أو لماء المطر لان أصل الحق ثبت بشهادة الشهود وبقيت الصفة مجهولة فيتبين ببيان صاحب الدار لكن مع اليمين وان لم يكن للمدعى بينة أصلا يستحلف صاحب الدار على ذلك فان حلف برئ وان نكل يقضى بالنكول كما في باب الاموال وعلى هذا يخرج اختلاف الزوجين في متاع البيت ولا بينة لاحدهما على ماذكرنا في كتاب النكاح والله تعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما حكم تعارض الدعوتين في قدر الملك فهو كاختلاف المتبايعين في قدر الثمن أو المبيع فنقول جملة الكلام فيه ان المتبايعين اذا اختلفا فلا يخلو اما ان اختلفا في الثمن واما ان اختلفا في المبيع فان اختلفا في الثمن فلا يخلو اما ان اختلفا في قدر الثمن واما ان اختلفا في جنسه واما ان اختلفا في وقته وهو الاجل فان اختلفا في قدره بان قال البائع بعت منك هذا العبد بالفي درهم وقال المشترى اشتريت بالف فهذا لا يخلو اما ان كانت السلعة قائمة واما ان كانت هالكة فان كانت قائمة فاما ان كانت قائمة على حالها لم تتغير واما ان تغيرت الى الزيادة أو الى النقصان فان كانت قائمة على حالها لم تتغير تحالفا وترادا سواء كان قبل القبض أو بعده اما قبل القبض فلان كل واحد منهما مدعى ومدعى عليه من وجه لان البائع يدعى على المشترى زيادة ثمن وهو ينكر والمشترى يدعى على البائع تسليم المبيع اليه عند أداء الالف وهو ينكر فيتحالفان لقوله عليه الصلاة والسلام واليمين على من أنكر وأما بعد القبض فكان ينبغى ان لا يحلف البائع ويكون القول قول المشترى مع يمينه لان المشترى لا يدعى على البائع شيئا لسلامة المبيع له والبائع يدعى على المشترى زيادة ثمن وهو ينكر فكان القول قوله مع يمينه الا انا عرفنا التحالف وهو الحلف من الجانبين بنص خاص وهو قوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا ويبدأ بيمين المشترى في ظاهر الرواية وهو قول محمد وأبى يوسف الآخر وفي قوله الاول يبدأ بيمين البائع ويقال انه قول أبى حنيفة رحمه الله والصحيح جواب ظاهر الرواية لان اليمين وظيفة المنكر والمشترى أشد انكارا من البائع لانه منكر في الحالين جميعا قبل القبض وبعده والبائع بعد القبض ليس بمنكر لان المشترى لا يدعى عليه شيئا فكان أشد انكارا منه وقبل القبض ان كان منكرا لكن المشترى أسبق انكارا منه لانه يطالب أولا بتسليم الثمن حتى يصير عينا وهو ينكر فكان أسبق انكارا من البائع فيبدأ بيمينه فان نكل لزمه دعوى البائع لان النكول بذل أو اقرار وان حلف يحلف البائع ثم اذا تحالفا هل ينفسخ البيع بنفس التحالف أو يحتاج فيه الى فسخ القاضى اختلف المشايخ رحمهم الله فيه قال بعضهم ينفسخ بنفس التحالف لانهما اذا تحالفا لم يكن في بقاء العقد فائدة فينفسخ وقال بعضهم لا ينفسخ الا بفسخ القاضى عند طلبهما أو طلب أحدهما وهو الصحيح حتى لو أراد أحدهما امضاء البيع بما يقوله صاحبه فله ذلك من غير تجديد العقد لان احتمال الفائدة ثابت لاحتمال التصديق من أحدهما لصاحبه والعقد المنعقد قد يبقى لفائدة محتملة الوجود والعدم لانه انعقد بيقين فلا يزول لاحتمال عدم الفائدة على الاصل المعهود في الثابت بيقين لانه لا يزول بالاحتمال فلا ينفسخ الا بفسخ القاضى ولذا ينفسخ لانعدام الفائدة للحال ولان المنازعة لا تندفع الا بفسخ القاضى لانهما لما تحالفا صار الثمن مجهولا فيتنازعان فلا بد من قطع المنازعة ولا تنقطع الا بالقضاء بالفسخ هذا اذا كانت السلعة قائمة بعينها من غير تغير فاما اذا كانت تغيرت ثم اختلفا في قدر الثمن فلا يخلو اما ان تغيرت الى الزيادة واما ان تغيرت الى النقصان فان كان التغير الى الزيادة فان كانت الزيادة متصلة متولدة من الاصل كالسمن والجمال منعت التحالف عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وعند محمد رحمه

الله لا تمنع و يرد المشتري العين بناء على ان هذه الزيادة تمنع الفسخ عندهما فى عقود المعاوضات فتمنع التحالف وعنده لا تمنع الفسخ فلا تمنع التحالف وان كانت الزيادة متصلة غير متولدة من الاصل كالصبغ فى الثوب والبناء والغرس فى الارض فكذلك تمنع التحالف عندهما وعنده لا تمنع و يرد المشتري القيمة لما هما عنده لان هذا النوع من الزيادة بمنزلة الهلاك وهلاك السلعة يمنع التحالف عندهما وعنده لا يمنع و يرد المشتري الزيادة وان كانت الزيادة منفصلة متولدة من الاصل كالولد والارش والعقر فهو على هذا الاختلاف وان كانت الزيادة متصلة غير متولدة من الاصل كالموهوب فى المكسوب لا تمنع التحالف اجماعا فيتحالفان و يرد المشتري العين لان هذه الزيادة لا تمنع الفسخ فى عقود المعاوضات فلا تمنع التحالف وكذا هي ليست فى معنى هلاك العين فلا تمنع التحالف واذا تحالفا يرد المشتري المبيع دون الزيادة وكانت الزيادة له لانها حدثت على ملكه وتطيب له لعدم تمكن الخبث فهاهذا اذا تغيرت السلعة الى الزيادة فاما اذا تغيرت الى النقصان فى يد المشتري فنذكر حكمه ان شاء الله تعالى هذا اذا كانت السلعة قائمة فاما اذا كانت هالكة فلا يتحالفان عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله والقول قول المشتري مع يمينه فى مقدار الثمن فان حلف لزمه ما أقر به وان نكل لزمه دعوى صاحبه وعند محمد رحمه الله يتحالفان و يرد المشتري القيمة فان اختلفا فى مقدار القيمة على قوله كان القول قول المشتري مع يمينه فى مقدار القيمة ولقب المسئلة ان هلاك السلعة هل يمنع التحالف عندهما يمنع وعنده لا يمنع واحتج بقوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا أثبت عليه الصلاة والسلام التحالف مطلقا عن شرط قيام السلعة أولا يقال ورد هنا نص خاص مقيد بحال قيام السلعة وهو قوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا لان المذهب عندنا ان المطلق لا يحمل على المقيد الا فى الحمل من ضرب النصوص بعضها فى بعض بل يجرى المطلق على اطلاقه والمقيد على تقييده فكان جريان التحالف حال قيام السلعة ثابتا بنصين وحال هلاكها ثابتا بنص واحد وهو النص المطلق ولا تنافي بينهما فيجب العمل بهما جميعا ولهما الحديث المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام واليمين على من أنكر فبقي التحالف وهو الحلف من الجانبين بعد قبض المعقود عليه لانه عليه الصلاة والسلام أوجب جنس اليمين على جنس المنكرين فلو وجبت يمين لا على منكر لم يكن جنس اليمين على جنس المنكرين وهذا خلاف النص والمنكر بعد قبض المعقود عليه هو المشتري لان البائع يدعي عليه زيادة ثمن وهو ينكر فاما الانكار من قبل البائع فلان المشتري لا يدعي عليه شيئا فكان ينبغي ان لا يجب التحالف حال قيام السلعة أيضا الا انا عرفنا ذلك بنص خاص مقيد وهو قوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا وهذا القيد ثابت فى النص الآخر أيضا دلالة لانه قال عليه الصلاة والسلام وترادا والتراد لا يكون الا حال قيام السلعة فبقي التحالف حال هلاك السلعة مثبتا بالخبر المشهور ويستوي هلاك كل السلعة و بعضها فى المنع من التحالف أصلا عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف هلاك السلعة يمنع التحالف فى قدر الهالك لا غير وعند محمد لا يمنع أصلا حتى لو اشترى عبدين فقبضهما ثم هلك أحدهما ثم اختلفا فى مقدار الثمن فالقول قول المشتري عند أبي حنيفة ولا يتحالفان الا ان يرضى البائع ان يأخذ القائم ولا يأخذ من ثمن الهالك شيئا فحينئذ يتحالفان وعند أبي يوسف لا يتحالفان على الهالك والقول قول المشتري فى حصة الهالك و يتحالفان على القائم و يترادان وعند محمد يتحالفان عليهما و يرد قيمة الهالك اما محمد رحمه الله فقد مر على أصله لان هلاك كل السلعة عنده لا يمنع التحالف فهلاك البعض أولى وكذلك لابي يوسف لان المانع من التحالف هو الهلاك فيتقدر المنع بقدره تقديرا للحكم بقدر العلة ولابي حنيفة ان الحديث ينفي التحالف بعد قبض السلعة لما ذكرنا الا انا عرفنا ذلك بنص خاص والنص ورد فى حال قيام كل السلعة فبقي التحالف حال هلاك بعضها منفيا بالحديث المشهور ولان قدر الثمن الذي يقابل القائم مجهول لا يعرف الا بالحزر والظن فلا يجوز التحالف عليه الا اذا شاء البائع ان يأخذ الحي ولا يأخذ من ثمن الهالك شيئا فحينئذ يتحالفان لانه رضي ان يكون الثمن كله بمقابلة القائم فيخرج الهالك

عن العقد كانه ماوقع العقد عليه وانما وقع على القيام فيتحالفان عليه وسواء كان هلاك المبيع حقيقة أوحكما بان خرج عن ملك المشترى بسبب من الاسباب لان الهالك حكما يلحق بالهالك حقيقة وقدمر الاختلاف فيه وسواء خرج كله أو بعضه عند أبى حنيفة وأبى يوسف فخروج البعض فى المنع من التحالف بمنزلة خروج الكل عندهما لان التحالف هنا يؤدى الى تفريق الصفقة على البائع وهذا لايجوز الا ان يرضى البائع ان يأخذ القائم وحصة الخارج من الثمن بقول المشترى فحينئذ يتحالفان على القائم ويرد المشترى ما بقى فى ملكه وعليه حصة الخارج بقوله وهذا عند أبى يوسف فاما عند أبى حنيفة فلا يتحالفان فى الاحوال كلها واما عند محمد فيتحالفان لان الحقيقى لايمنع التحالف عنده فالحكمى أولى ثم هلاك الكل بان خرج كله عن ملكه لا يمنع التحالف فهلاك البعض أولى واذا تحالفا عنده فان هلك كل المبيع بان خرج كله عن ملكه يرد المشترى القيمة ان لم يكن مثليا والمثل ان كان مثليا وان هلك بعضه بان خرج البعض عن ملكه دون البعض ينظر ان كان المبيع مما فى تبعيضه ضررا وفى تشقيصه عيب فالبائع بعد التحالف بالخيار ان شاء أخذ الباقى وقيمة الهالك وان شاء ترك الباقى وأخذ قيمة الكل وان كان المبيع مما لا ضرر فى تبعيضه ولا عيب فى تشقيصه فللبائع ان يأخذ الباقى ومثل الفائت ان كان مثلياً وقيمته ان لم يكن مثلياً ولو خرجت السلعة عن ملك المشترى ثم عادت اليه ثم اختلفا فى مقدار الثمن نظر فى ذلك ان كان العود فسخاً بان وجد به عيباً فرده بقضاء القاضى يتحالفان ويرد العين لان الفسخ رفع من الاصل فجعل كانه لم يكن واذا لم يكن العود فسخاً بان كان ملكا جديدا لا يتحالفان عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله لان العود اذا لم يكن فسخا لا يتبين ان الهلاك لم يكن والهلاك يمنع التحالف عندهما وعند محمد يتحالفان ويرد المشترى القيمة لا العين وكذلك لو لم يخرج المبيع عن ملكه لكنه صار بحال يمنع الرد بالعيب اما بالزيادة واما بالنقصان اما حكم الزيادة فقدمر تفصيل الكلام فيه واما حكم النقصان فيخرج على هذا الاصل لان النقصان من باب الهلاك فنقول اذا انتقص المبيع فى يد المشترى ثم اختلفا فى مقدار الثمن لم يتحالفا عندهما سواء كان النقصان بآفة سماوية أو بفعل المبيع أو بفعل المشترى أو بفعل الاجنبى أو بفعل البائع لان نقصان المبيع هلاك جزء منه وهلاك الجزء فى المنع من التحالف كهلاك الكل على أصل أبى حنيفة رضى الله عنه فلا يتحالفان والقول قول المشترى الا اذا كان النقصان بآفة سماوية أو بفعل المبيع أو بفعل المشترى ورضى البائع ان يأخذ المبيع ناقصا ولا يأخذ لاجل النقصان شيأ فحينئذ يتحالفان ويترادان وعند محمد يتحالفان ثم البائع بعد التحالف بالخيار ان شاء أخذ المبيع ناقصا ولا يأخذ لاجل النقصان شيأ وان شاء ترك وأخذ القيمة وقال بعضهم على قول محمد ان اختار أخذ العين يأخذ معها النقصان كالمقبوض بالبيع الفاسد وان كان النقصان بفعل الاجنبى أو بفعل البائع يتحالفان ويرد المشترى القيمة عنده وعندهما لا يتحالفان والقول قول المشترى مع يمينه هذا اذا اختلفا فى قدر الثمن فاما اذا اختلفا فى جنسه بان قال أحدهما الثمن عين وقال الآخر هو دين فان كان مدعى العين هو البائع بان قال للمشترى بعت منك جاريتى بعبدك هذا وقال المشترى للبائع اشتريتها منك بالف درهم فان كانت الجارية قائمة تحالفا وترادا لقوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة تحالفا وترادا من غير فصل بين ما اذا كان الاختلاف فى قدر الثمن أو فى جنسه وان كانت هالكة عند المشترى لا يتحالفان عند أبى حنيفة وأبى يوسف والقول قول المشترى فى الثمن مع يمينه وعند محمد يتحالفان وهى مسئلة هلاك السلعة وقد مرت وان كان مدعى العين هو المشترى بان قال اشتريت جاريتك بعبدى هذا وقال البائع بعتها منك بالف درهم أو بمائة دينار فان كانت الجارية قائمة يتحالفان بالنص وان كانت هالكة يتحالفان أيضاً اجماعا ويرد المشترى القيمة اما على أصل محمد فظاهر لان هلاك السلعة عنده لا يمنع التحالف واما على أصلهما فلان وجوب اليمين على المشترى ظاهر أيضا لان البائع يدعى عليه ثمن الجارية الف درهم وهو ينكر واما وجوب اليمين على البائع فلان المشترى يدعى عليه الزام العين وهو ينكر فكان كل واحد منهما مدعياً من وجه منكراً من وجه فيتحالفان ولو كان البائع يدعى عيناً والبعض ديناً والمشترى يدعى

الكل ديناً بان قال البائع بعت منك جاريتى بعبدك هذا و بالف درهم وقال المشترى اشتريت جاريتك بالف درهم فان كان المبيع وهو الجارية قائمة تحالفا بالنص وان كان هالكا فهو على الاختلاف ولو كان الامر على العكس من ذلك كان يدعى البعض عيناً والبعض دينا والبائع يدعى الكل ديناً بان قال المشترى اشتريت منك جاريتك بعبدى هذا و بالف درهم وقيمة العبد خمسمائة وقال البائع بعتك جاريتى هذه بالف درهم فان كانت الجارية قائمة تحالفا وترادا بالنص وان كانت هالكة يتحالفان أيضاً اجماعا الا ان عندهما تقسم الجارية على قيمة العبد وعلى الف درهم فما كان بازاء العين وهو العبد وذلك ثلث الجارية يرد المشترى القيمة وما كان بازاء الدين وهو الالف وذلك ثلثا الجارية يرد الف درهم ولا يرد القيمة وانما كان كذلك لان المشترى لو كان يدعى كل الثمن عينا كانا يتحالفان و يرد المشترى القيمة على ماذكرنا ولو كان كل الثمن دينا لكان القول قوله ولا يتحالفان على ما مر فاذا كان يدعى بعض الثمن عينا و بعضه دينا يرد القيمة بازاء العين فالقول قوله بازاء الدين اعتباراً للبعض بالكل وعند محمد يتحالفان و يرد المشترى جميع الثمن هذا اذا اختلفا فى جنس الثمن فاما اذا اختلفا فى وقته وهو الاجل مع اتفاقهما على قدره وجنسه فنقول هذا لا يخلو من أربعة أوجه اما ان اختلفا فى اصل الاجل واما ان اختلفا فى قدره واما ان اختلفا فى مضيه واما ان اختلفا فى قدره ومضيه جميعا فان اختلفا فى أصله لا يتحالفان والقول قول البائع مع يمينه لان الاجل أمر يستفاد من قبله وهو منكر لوجوده ولان الاصل فى الثمن هو الحلول والتأجيل عارض فكان القول قول من يدعى الاصل وان اختلفا فى قدره فالقول قوله أيضا لما قلنا وان اختلفا فى مضيه مع اتفاقهما على أصله وقدره فالقول قول المشترى انه لم يمض لان الاجل صار حقاله بتصادقهما فكان القول فيه قوله وان اختلفا فى القدر والمضى جميعا فقال البائع الاجل شهر وقد مضى وقال المشترى شهران ولم يمضيا فالقول قول البائع فى القدر والقول قول المشترى فى المضى فيجعل الاجل شهراً لم يمض لان الظاهر يشهد للبائع فى القدر وللمشترى فى المضى على ما مر هذا اذا هلك المبيع كله أو بعضه حقيقة أو حكما فأما اذا هلك العاقدان أو أحدهما والمبيع قائم فاختلف ورثتهما أو الحى منهما وورثة الميت فان كانت السلعة غير مقبوضة تحالفا وترادا لان للقبض شبها بالعقد فكان قبض المعقود عليه من الوارث بمنزلة ابتداء العقد منه فيجرى بينهما التحالف الا أن الوارث يحلف على العلم لا على البتات لانه يحلف على فعل الغير ولا علم له به وان كانت السلعة مقبوضة فلا تحالف عندهما والقول قول المشترى أو ورثته بعد موته وعند محمد يتحالفان والاصل ان هلاك العاقد بعد قبض المعقود عليه كهلاك المعقود عليه وهلاك المعقود عليه يمنع التحالف عندهما فكذا هلاك العاقد وعند محمد ذلك لا يمنع من التحالف كذا هذا والصحيح قولهما لان الخبر المشهور يمنع من التحالف لكنا عرفناه بنص خاص حال قيام العاقدين لانه يوجب تحالف المتبايعين والمتبايع من وجد منه فعل البيع ولم يوجد من الوارث حقيقة فبقى التحالف بعد هلاكهما أو هلاك أحدهما منفيا بالخبر المشهور هذا اذا اختلفا فى الثمن أما اذا اختلفا فى المبيع فنقول لا يخلو المبيع من أن يكون عينا أو دينا وهو المسلم فيه فان كان عينا فاختلفا فى جنسه أو فى قدره بأن قال البائع بعت منك هذا العبد بألف درهم وقال المشترى اشتريت منك هذه الجارية بألف درهم أو قال البائع بعت منك هذا العبد بألف درهم وقال المشترى اشتريت منك هذا العبد مع هذه الجارية بألف درهم تحالفا وترادا لقوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا وان كان دينا وهو المسلم فيه فاختلفا فنقول اختلافهما فى الاصل لا يخلو من ثلاثة أوجه (اما) ان اختلفا فى المسلم فيه مع اتفاقهما على رأس المال (واما) ان اختلفا فى رأس المال مع اتفاقهما فى المسلم فيه (واما) ان اختلفا فيهما جميعا فان اختلفا فى المسلم فيه مع اتفاقهما على رأس المال (فاما) ان اختلفا فى جنس المسلم فيه (واما) ان اختلفا فى قدره (واما) ان اختلفا فى صفته (واما) ان اختلفا فى مكان ايفائه (واما) ان اختلفا فى وقته وهو الاجل فان اختلفا فى جنسه أو قدره أو صفته تحالفا وترادا لان هذا اختلاف فى المعقود عليه وانه يوجب التحالف بالنص والذى يبدأ باليمين هو المسلم اليه فى قول أبى حنيفة وهو قول أبى يوسف الاول وفى قوله الآخر وهو قول محمد هو رب السلم (وجه)

قولهما أن الابتداء باليمين من المشترى كما فى بيع العين ورب السلم هو المشترى فكانت البداية به ولابى حنيفة رحمه الله أن اليمين على المنكر والمنكر هو المسلم اليه ولا انكار مع رب السلم فكان ينبغى أن لا يحلف أصلا الا أن التحليف فى جانبه ثبت بالنص وقد روى عن أبى يوسف أيضا انه قال أيهما بدأ بالدعوى يستحلف الآخر لانه صار مدعى عليه وهو منكر وقال بعضهم التعيين الى القاضى يبدأ بأيهما شاء وان شاء أقرع بينهما فيبدأ بالذى خرجت قرعته ولو اختلفا فى مكان ايفاء المسلم فيه فقال رب السلم شرطت عليك الايفاء فى مكان كذا وقال المسلم اليه بل شرطت لك الايفاء فى مكان كذا فالقول قول المسلم اليه ولا يتحالفان عند أبى حنيفة وعندهما يتحالفان بناء على أن مكان العقد لا يتعين مكان الايفاء عنده حتى كان ترك بيان مكان الايفاء مفسدا للسلم عنده فلم يدخل مكان الايفاء فى العقد بنفسه بل بالشرط والاختلاف فيما لا يدخل فى العقد الا بالشرط لا يوجب التحالف كالاجل وعندهما مكان العقد يتعين مكانا للايفاء حتى لا يفسد السلم بترك بيان مكان الايفاء عندهما فكان المكان داخلا فى العقد من غير شرط فيوجب التحالف وان اختلفا فى وقت المسلم فيه وهو الاجل فنقول لا يخلو (اما) ان اختلفا فى أصل الاجل (واما) ان اختلفا فى قدره (واما) ان اختلفا فى مضيه (واما) ان اختلفا فى قدره ومضيه جميعا فان اختلفا فى أصل الاجل لم يتحالفا عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر تحالفا وترادا واحتج باطلاق قوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا ولان الاختلاف فى أصل المسلم فيه كالاختلاف فى صفته ألا ترى انه لا صحة للسلم بدون الاجل كما لا صحة له بدون الوصف فصار الاجل وصفا للمعقود عليه شرعا فيوجب التحالف (ولنا) ان الاجل ليس بمعقود عليه والاختلاف فيما ليس بمعقود عليه لا يوجب التحالف بخلاف الاختلاف فى الصفة لان الصفة فى الدين معقود عليه كالاجل والاختلاف فى الاجل يوجب التحالف فكذا فى الصفة واذا لم يتحالفا فان كان مدعى الاجل هو رب السلم فالقول قوله ويجوز السلم لانه يدعى صحة العقد والمسلم اليه يدعى الفساد والقول قول مدعى الصحة ولان المسلم اليه متعنت فى انكار الاجل لانه ينفعه والمتعنت لا قول له وان كان هو المسلم اليه فالقول قوله عند أبى حنيفة ويجوز السلم استحسانا والقياس أن يكون القول قول رب السلم ويفسد السلم وهو قولهما (وجه) القياس ان الاجل أمر يستفاد من قبل رب السلم حقا عليه شرعا وانه منكر ثبوته والقول قول المنكر فى الشرع (وجه) الاستحسان ان المسلم اليه بدعوى الاجل يدعى صحة العقد ورب السلم بالانكار يدعى فساده فكان القول قول من يدعى الصحة لان الظاهر شاهد له اذ الظاهر من حال المسلم اجتناب المعصية ومباشرة العقد الفاسد معصية واذا كان القول قوله فى أصل الاجل كان القول قوله فى مقدار الاجل أيضا وقال بعضهم القول قوله الى شهر لانه أدنى الآجال فأما الزيادة على شهر فلا تثبت الا بالبينة وان اختلفا فى قدره لم يتحالفا عندنا خلافا لزفر والقول قول رب السلم لما ذكرنا ان الاجل أمر يستفاد من قبله فيرجع فى بيان القدر اليه وان اختلفا فى مضيه فالقول قول المسلم اليه وصورته اذا قال رب السلم كان الاجل شهرا وقد مضى وقال المسلم اليه كان شهرا ولم يمض وان أخذت السلم الساعة كان القول قول المسلم اليه لانهما لما تصادقا على أصل الاجل وقدره فقد صار الاجل حقا للمسلم اليه فكان القول فى المضى قوله وان اختلفا فى قدره ومضيه جميعا فالقول قول رب السلم فى القدر وقول المسلم اليه فى المعنى لان الظاهر يشهد لرب السلم فى القدر وللمسلم اليه فى المضى هذا اذا اختلفا فى المسلم فيه مع اتفاقهما على رأس المال فأما اذا اختلفا فى رأس المال مع اتفاقهما فى المسلم فيه تحالفا وترادا أيضا سواء اختلفا فى جنس رأس المال أو قدره أو صفته لما قلنا فى الاختلاف فى المسلم فيه الا أن الذى يبدأ باليمين ههنا هو رب السلم فى قولهم جميعا لانه المشترى وهو المنكر أيضا وان اختلفا فيهما جميعا فكذلك تحالفا وترادا لانهما اختلفا فى المبيع والثمن والاختلاف فى أحدهما يوجب التحالف ففيهما أولى والقاضى يبدأ باليمين بأيهما شاء والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان حكم الملك والحق الثابت فى المحل فنقول وبالله التوفيق حكم الملك ولاية التصرف للمالك فى

المملوك باختياره ليس لاحد ولاية الجبر عليه الا لضرورة ولا لاحد ولاية المنع عنه وان كان يتضرر به الا اذا تعلق به
حق الغير فيمنع عن التصرف من غير رضا صاحب الحق وغير المالك لا يكون له التصرف فى ملكه من غير اذنه ورضاه
الا لضرورة وكذلك حكم الحق الثابت فى المحل اذا عرف هذا فنقول للمالك أن يتصرف فى ملكه أى تصرف شاء
سواء كان تصرفا يتعدى ضرره الى غيره أو لا يتعدى فله أن يبنى فى ملكه مرحاضا أو حماما أو رحى أو تنورا وله أن
يقعد فى بنائه حدادا أو قصارا وله أن يحفر فى ملكه بئرا أو بالوعة أو ديماسا وان كان يهن من ذلك البناء ويتأذى به
جاره وليس لجاره أن يمنعه حتى لو طلب جاره تحويل ذلك لم يجبر عليه لان الملك مطلق للتصرف فى الاصل والمنع منه
لعارض تعلق حق الغير فاذا لم يوجد التعلق لا يمنع الا أن الامتناع عما يؤذى الجار ديانة واجب للحديث قال عليه
الصلاة والسلام المؤمن من أمن جاره بوائقه ولو فعل شيأ من ذلك حتى وهن البناء وسقط حائط الجار لا يضمن لانه
لا صنع منه فى ملك الغير وعلى هذا اسفل لرجل وعليه علو لغيره انهدم ما لم يجبر صاحب السفل على بناء السفل لانه ملكه
والانسان لا يجبر على عمارة ملك نفسه ولكن يقال لصاحب العلو ان شئت فابن السفل من مال نفسك وضع عليه
علوك ثم امنع صاحب السفل عن الانتفاع بالسفل حتى يرد عليك قيمة البناء مبنيا لان البناء وان كان تصرفا فى ملك
الغير لكن فيه ضرورة لانه لا يمكنه الانتفاع بملك نفسه الا بالتصرف فى ملك غيره فصار مطلقا له شرعا وله حق الرجوع
بقيمة البناء مبنيا لان البناء ملكه لحصوله باذن الشرع واطلاقه فله أن لا يمكنه من الانتفاع بملكه الا ببدل يعدله
وهو القيمة وذكر القاضى فى شرحه مختصر الطحاوى ان فى ظاهر الرواية يرجع بما أنفقه وكذا ذكر الخصاف انه يرجع
بما أنفق لانه لما لم يقدر على الانتفاع بالعلو الا ببناء السفل ولا ضرر لصاحب السفل فى بنائه بل فيه نفع صار مأذونا
بالانفاق من قبله دلالة فكان له حق الرجوع بما أنفق وهذا بخلاف البئر المشترك والدولاب المشترك والحمام المشترك
ونحو ذلك اذا خربت فامتنع أحدهما عن العمارة انه يجبر الآخر على العمارة لان هناك ضرورة لانه لا يمكن الانتفاع به
بواسطة القسمة لانه لا يحتمل القسمة والترك لذلك تعطيل الملك وفيه ضرر بهما فكان الذى أبى العمارة متعنتا محضا
فى الامتناع فيدفع تعنته بالجبر على العمارة هذا اذا انهدما بأنفسهما فأما اذا هدم صاحب السفل سفله حتى انهدم العلو
يجبر على اعادته لانه أتلف حق صاحب العلو باتلاف محله ويمكن جبره بالاعادة فتجب عليه اعادته وعلى هذا حائط بين
دارين انهدم ولهما عليه جذوع لم يجبر واحد منهما على بنائه لما قلنا ولكن اذا أبى أحدهما البناء يقال للآخر ان
شئت فابن من مال نفسك وضع خشبك عليه وامنع صاحبك من الوضع حتى يرد عليك نصف قيمة البناء مبنيا أو
نصف ما أنفقته على حسب ما ذكرنا فى السفل والعلو وقيل انما يرجع اذا لم يكن موضع الحائط عريضا ولا يمكن كل
واحد منهما أن يبنى حائطا على حدة فى نصيبه بعد القسمة (فأما) اذا كان عريضا يمكن قسمته وأن يبنى كل واحد
منهما فى نصيبه حائطا يصلح لوضع الجذوع عليه فبناه كما كان بغير اذن صاحبه لا يكون له حق الرجوع على صاحبه
بل يكون متبرعا لانه يبنى ملك غيره بغير اذنه من غير ضرورة فكان متبرعا فلا يرجع عليه بشئ ولو أراد أحدهما قسمة
عرصة الحائط لم تقسم الا عن تراض منهما بالقسمة لان لكل واحد منهما عليه حق وضع الخشب وفى القسمة جبرا
ابطال حق الآخر من غير رضاه وهذا لا يجوز ويحتمل أن يقال هذا اذا لم يكن عريضا فان كان يقسم قسمة جبر لانه
لا يتضمن ابطال حق الغير ولو كانت الجذوع عليه لاحدهما فطلب أحدهما القسمة وأبى الآخر فان كان الطالب
صاحب الجذوع يجبر الآخر على القسمة لانه فى الانتفاع متعنت وانما الحق لصاحب الجذوع وقد رضى بسقوط
حقه وان كان الطالب من لا جذع له لا يجبر صاحب الجذوع على القسمة لان فيه ابطال حقه فى وضع الجذوع فلا
يجوز من غير رضاه ولو هدم الحائط أحدهما يجبر على اعادته لما ذكرنا انه أتلف محل حق أحدهما فيجب جبره على
الاعادة وعلى هذا اسفل لرجل وعليه علو لغيره فأراد صاحب السفل أن يفتح بابا أو يثبت كوة أو يحفر طاقا أو يقد
وتدا على الحائط أو يتصرف فيه تصرفا لم يكن قبل ذلك ليس له ذلك من غير رضا صاحب العلو سواء أضر ذلك بالعلو

بان

بأن أوجب وهن الحائط أولم يضر به عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما له ذلك ان لم يضر بالعلو ولو أراد صاحب السفل أن يحفر فى سفله بئراً أو بالوعة أو سرداباً فله ذلك من غير رضا صاحب العلو اجماعاً وكذا ايقاد النار للطبخ أو للخبز وصب الماء للغسل أو للوضوء بالاتفاق وعلى هذا الاختلاف لو أراد صاحب العلو ان يحدث على علوه بناء أو يضع جذوعاً لم يكن قبل ذلك أو يشرع فيه باباً أو كنيفاً لم يكن قبله ليس له ذلك عند أبى حنيفة سواء أضر بالسفل أولا وعندهما له أن يفعل ذلك ما لم يضر بالسفل وله ايقاد النار وصب الماء للوضوء والغسل اجماعاً منهم من قال لا خلاف بينهم فى الحقيقة وقولهما تفسير قول أبى حنيفة رحمه الله ومنهم من حقق الخلاف (وجه) قولهما أن صاحب السفل يتصرف فى ملك نفسه فلا يمنع الا لحق الغير وحق الغير لا يمنع من التصرف لعينه بل لما يتضرر به صاحب الحق ألا ترى أن الانسان لا يمنع من الاستظلال بجدار غيره ومن الاصطلاء بنار غيره لانعدام تضرر المالك والخلاف هنا فى تصرف لا يضر بصاحب العلو فلا يمنع عنه ولابى حنيفة رحمه الله أن حرمة التصرف فى ملك الغير وحقه لا يقف على الضرر بل هو حرام سواء تضرر به أم لا ألا ترى ان نقل المرآة والمحبرة من دار المالك الى موضع آخر حرام وان كان لا يتضرر به المالك والدليل عليه انه يباح التصرف فى ملك الغير وحقه برضاه ولو كانت الحرمة لما يلحقه من الضرر لما أبيح لان الضرر لا ينعدم برضا المالك وصاحب الحق دل أن التصرف فى ملك الغير وحقه حرام أضر بالمالك أولا وهنا حق لصاحب العلو متعلق بالسفل فيحرم التصرف فيه الا باذنه ورضاه بخلاف ما ضربنا من المثال وهو الاستظلال بجدار غيره والاصطلاء بنار غيره لان ذلك ليس تصرفاً فى ملك الغير وحقه اذ لا أثر لذلك متصل بملك الغير وحقه وهنا بخلافه وعلى هذا اذا كان مسيل ماء فى قناة فأراد صاحب القناة أن يجعله ميزاباً أو كان ميزاباً فأراد أن يجعله قناة ليس له ذلك وكذلك لو أراد أن يجعل ميزاباً أطول من ميزابه أو أعرض أو أراد أن يسيل ماء سطح آخر فى ذلك الميزاب لم يكن له ذلك لان صاحب الحق لا يملك التصرف زيادة على حقه وكذلك لو أراد أهل الدار أن يبنوا حائطاً ليسد وامسيله أو أرادوا أن ينقلوا الميزاب عن موضعه أو يرفعوه أو يسفلوه لم يكن لهم ذلك لان ذلك تصرف فى حق الغير بالابطال والتغيير فلا يجوز من غير رضا صاحب الحق ولو بنى أصل الدار لتسييل ميزابه على ظهره فلهم ذلك لان مقصود صاحب الميزاب حاصل فى الحالين دار لرجل فيها طريق فأراد أهل الدار أن يبنوا فى ساحة الدار ما يقطع طريقه ليس لهم ذلك لان فيه ابطال حق المرور وينبغى أن يتركوا فى ساحة الدار عرض باب الدار لان عرض الطريق مقدر بعرض باب الدار ولو أراد رجل أن يشرع الى الطريق جناحاً أو ميزاباً فنقول هذا فى الاصل لا يخلو من أحد وجهين اما ان كانت السكة نافذة واما ان كانت غير نافذة فان كانت نافذة فانه ينظر ان كان ذلك مما يضر بالمارين فلا يحل له أن يفعل ذلك فى دينه لقوله عليه الصلاة والسلام لا ضرر ولا اضرار فى الاسلام ولو فعل ذلك فلكل واحد أن يقلع عليه ذلك وان كان ذلك مما لا يضر بالمارين حل له الانتفاع به ما لم يتقدم اليه أحد بالرفع والنقض فاذا تقدم اليه واحد من عرض الناس لا يحل له الانتفاع به بعد ذلك عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما يحل له الانتفاع قبل التقدم وبعده وكذلك هذا الحكم فى غرس الاشجار وبناء الدكاكين والجلوس للبيع والشراء على قارعة الطريق (وجه) قولهما ما ذكرنا أن حرمة التصرف فى حق الغير ليس لعينه بل للتحرز عن الضرر ولا اضرار بالمارة فاستوى فيه حال ما قبل التقدم وبعده ولابى حنيفة رحمه الله ان اشراع الجناح والميزاب الى طريق العامة تصرف فى حقهم لان هواء البقعة فى حكم البقعة والبقعة حقهم فكذا هواؤها فكان الانتفاع بذلك تصرفاً فى حق الغير وقدمنا ان التصرف فى حق الغير بغير اذنه حرام سواء أضر به أولا الا أنه حل له الانتفاع بذلك قبل التقدم لوجود الاذن منهم دلالة وهى ترك التقدم بالنقض والتصرف فى حق الانسان باذنه مباح فاذا وقعت المطالبة بصريح النقض بطلت الدلالة فبقى الانتفاع بالمبنى تصرفاً فى حق مشترك بين الكل من غير اذنهم ورضاهم فلا يحل هذا اذا كانت السكة نافذة فأما اذا كانت غير نافذة فان كان له حق فى التقديم فليس لاهل السكة حق المنع لتصرفه فى حق نفسه وان لم

يكن له حق فى التقديم فلهم منعه سواء كان لهم فى ذلك مضرة أولا لما ذكرنا ان حرمة التصرف فى حق الغير لا تقف على المضرة والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ كتاب الشهادة ﴾

الكلام فى هذا الكتاب فى مواضع فى بيان ركن الشهادة وفى بيان شرائط الركن وفى بيان ما يلزم الشاهد بتحمل الشهادة وفى بيان حكم الشهادة أما ركن الشهادة فقول الشاهد أشهد بكذا وكذا وفى متعارف الناس فى حقوق العباد هو الاخبار عن كون ما فى يد غيره لغيره فكل من أخبر بأن ما فى يد غيره لغيره فهو شاهد وبه ينفصل عن المقر والمدعى والمدعى عليه على ما ذكرنا فى كتاب الدعوى

﴿ فصل ﴾ وأما الشرائط فى الاصل فنوعان نوع هو شرط تحمل الشهادة ونوع هو شرط أداء الشهادة (أما) الاول فثلاثة أحدها أن يكون عاقلا وقت التحمل فلا يصح التحمل من المجنون والصبى الذى لا يعقل لان تحمل الشهادة عبارة عن فهم الحادثة وضبطها ولا يحصل ذلك الا بآلة الفهم والضبط وهى العقل والثانى أن يكون بصيراً وقت التحمل عندنا فلا يصح التحمل من الاعمى وعند الشافعى رحمه الله البصر ليس بشرط لصحة التحمل ولا لصحة الاداء لان الحاجة الى البصر عند التحمل لحصول العلم بالمشهود به وذلك يحصل بالسماع وللاعمى سماع صحيح فيصح تحمله للشهادة ويقدر على الاداء بعد التحمل (ولنا) أن الشرط هو السماع من الخصم لان الشهادة تقع له ولا يعرف كونه خصما الا بالرؤية لان النغمات يشبه بعضها بعضا (وأما) البلوغ والحرية والاسلام والعدالة فليست من شرائط التحمل بل من شرائط الاداء حتى لو كان وقت التحمل صبيا عاقلا أو عبداً أو كافراً أو فاسقا ثم بلغ الصبى وعتق العبد وأسلم الكافر وتاب الفاسق فشهدوا عند القاضى تقبل شهادتهم وكذا العبد اذا تحمل الشهادة لمولاه ثم عتق فشهد له تقبل وكذا المرأة اذا تحملت الشهادة لزوجها ثم بانت منه فشهدت له تقبل شهادتها لان تحملها الشهادة للمولى والزوج صحيح وقد صارا من أهل الاداء بالعتق والبينونة فتقبل شهادتهما ولو شهد الفاسق فردت شهادته لتهمة الفسق أو شهد أحد الزوجين لصاحبه فردت شهادته لتهمة الزوجية ثم شهدوا فى تلك الحادثة بعد التوبة والبينونة لا تقبل ولو شهد العبد أو الصبى العاقل أو الكافر على مسلم فى حادثة فردت شهادته ثم أسلم الكافر وعتق العبد وبلغ الصبى فشهدوا فى تلك الحادثة بعينها تقبل (ووجه) الفرق ان الفاسق والزوج لهما شهادة فى الجملة وقد ردت فاذا شهدوا بعد التوبة وزوال الزوجية فى تلك الحادثة فقد أعادا تلك الشهادة وهى مردودة والشهادة المردودة لا تحتمل القبول بخلاف الكافر والعبد والصبى لانه لا شهادة للكافر على المسلم أصلا وكذا الصبى والعبد لا شهادة لهما أصلا فاذا أسلم الكافر وعتق العبد وبلغ الصبى فقد حدثت لهم بالاسلام والعتق والبلوغ شهادة وهى غير المردودة فقبلت فهو الفرق الثالث أن يكون التحمل بمعاينة المشهود به بنفسه لا بغيره الا فى أشياء مخصوصة يصح التحمل فيها بالتسامع من الناس لقوله عليه الصلاة والسلام للشاهد اذا علمت مثل الشمس فاشهد والا فدع ولا يعلم مثل الشمس الا بالمعاينة بنفسه فلا تطلق الشهادة بالتسامع الا فى أشياء مخصوصة وهى النكاح والنسب والموت فله تحمل الشهادة فيها بالتسامع من الناس وان لم يعاين بنفسه لان مبنى هذه الاشياء على الاشتهار فقامت الشهرة فيها مقام المعاينة وكذا اذا شهد العرس والزفاف يجوز له ان يشهد بالنكاح لانه دليل النكاح وكذا فى الموت اذا شهد جنازة رجل أو دفنه حل له ان يشهد بموته واختلفوا فى تفسير التسامع فعند محمد رحمه الله هو أن يشتهر ذلك ويستفيض وتتواتر به الاخبار عنده من غير تواطؤ لان الثابت بالتواتر والمحسوس بحس البصر والسمع سواء فكانت الشهادة بالتسامع شهادة عن معاينة فعلى هذا اذا أخبره بذلك رجلان أو رجل وامرأتان لا يحل له الشهادة ما لم يدخل فى حد التواتر وذكر أحمد بن عمرو بن مهران الخصاف انه اذا أخبره رجلان عدلان أو رجل

وامرأتان ان هذا ابن فلان أو امرأة فلان يحل له الشهادة بذلك استدلالا بحكم الحاكم وشهادته فانه يحكم بشهادة شاهدين من غير معاينة منه بل بخبرهما ويجوز له أن يشهد بذلك بعد العزل كذا هذا ولو أخبره رجل أو امرأة بموت انسان حل للسامع أن يشهد بموته فعلى هذا يحتاج الى الفرق بين الموت و بين النكاح والنسب ووجه الفرق ان مبنى هذه الاشياء وان كان على الاشتهار الا أن الشهرة فى الموت أسرع منه فى النكاح والنسب لذلك شرط العدد فى النكاح والنسب لا فى الموت لكن ينبغى أن يشهد فى كل ذلك على البتات والقطع دون التفصيل والتقييد بأن يقول انى لم أعاين ذلك ولكن سمعت من فلان كذا وكذا حتى لو شهد كذلك لا تقبل وأما الولاء فالشهادة فيه بالتسامع غير مقبولة عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وهو قول أبى يوسف رحمه الله الاول ثم رجع وقال تقبل وذكر الطحاوى رحمه الله قول محمد مع أبى يوسف الآخر ووجهه أن الولاء لحمة كلحمة النسب ثم الشهادة بالتسامع فى النسب مقبولة كذا فى الولاء الا ترى أنا كما نشهد أن سيدنا عمر كان ابن الخطاب رضى الله عنه نشهد أن نافعا كان مولى ابن سيدنا عمر رضى الله عنهما والصحيح جواب ظاهر الرواية لان جواز الشهادة بالتسامع فى النسب لما أن مبنى النسب على الاشتهار فقامت الشهرة فيه مقام السماع بنفسه وليس مبنى الولاء على الاشتهار فلا بد من معاينة الاعتاق حتى لو اشتهر اشتهار نافع لابن سيدنا عمر رضى الله عنهما حلت الشهادة بالتسامع وأما الشهادة بالتسامع فى الوقف فلم يذكره فى ظاهر الرواية الا أن مشايخنا ألحقوه بالموت لان مبنى الوقف على الاشتهار أيضا كالموت فكان ملحقا به وكذا تجوز الشهادة بالتسامع فى القضاء والولاية أن هذا قاضى بلد كذا و والى بلد كذا وان لم يعاين المنشور لان مبنى القضاء والولاية على الشهرة فقامت الشهرة فيهما مقام المعاينة ثم تحمل الشهادة كما يحصل بمعاينة المشهود به بنفسه يحصل بمعاينة دليله بان يرى ثوبا أو دابة أو دارا فى يد انسان يستعمله استعمال الملاك من غير منازع حتى لو خاصمه غيره فيه يحل له أن يشهد بالملك لصاحب اليد لان اليد المتصرفة فى المال من غير منازع دليل الملك فيه بل لا دليل بشاهد فى الاموال أقوى منها وزاد أبو يوسف فقال لا تحل له الشهادة حتى يقع فى قلبه أيضا أنه له و ينبغى أن يكون هذا قولهم جميعا أنه لا تجوز للرائى الشهادة بالملك لصاحب اليد حتى يراه فى يده يستعمله استعمال الملاك من غير منازع وحتى يقع فى قلبه أنه له وذكر فى الجامع الصغير وقال كل شئ فى يد انسان سوى العبد والامة يسعك أن تشهد أنه له استثنى العبد والامة فيقتضى أن لا تحل له الشهادة بالملك لصاحب اليد فيهما الا اذا أقرا بأنفسهما وانما أراد به العبد الذى يكون له فى نفسه يد بان كان كبيرا يعبر عن نفسه وكذا الامة لان الكبير فى يد نفسه ظاهرا اذ الاصل هو الحرية فى بنى آدم والرق عارض فكانت يده الى نفسه أقرب من يد غيره فلم تصلح يد غيره دليل الملك فيه بخلاف الجمادات والبهائم لانه لا يد لها فبقيت يد صاحب اليد دليلا على الملك ولان الحر قد يخدم كانه عبد عادة وهذا أمر ظاهر فى متعارف الناس وعاداتهم فتعارض الظاهران فلم تصلح اليد دليلا فيه أما اذا كان صغيرا لا يعبر عن نفسه كان حكمه حكم الثوب والبهيمة لانه لا يكون له فى نفسه يد فيلحق بالعروض والبهائم فتحل للرائى الشهادة بالملك فيه لصاحب اليد والله سبحانه وتعالى أعلم وأما شرائط اداء الشهادة فانواع بعضها يرجع الى الشاهد و بعضها يرجع الى نفس الشهادة و بعضها يرجع الى مكان الشهادة و بعضها يرجع الى المشهود به أما الذى يرجع الى الشاهد فانواع بعضها يعم الشهادات كلها و بعضها يخص البعض دون البعض أما الشرائط العامة فمنها العقل لان من لا يعقل لا يعرف الشهادة فكيف يقدر على أدائها ومنها البلوغ فلا تقبل شهادة الصبى العاقل لانه لا يقدر على الاداء الا بالتحفظ والتحفظ بالتذكر والتذكر بالتفكر ولا يوجد من الصبى عادة ولان الشهادة فيها معنى الولاية والصبى مولى عليه ولانه لو كان له شهادة للزمته الاجابة عند الدعوة للآية الكريمة وهو قوله تعالى ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا أى دعوا للاداء فلا يلزمه اجماعا ومنها الحرية فلا تقبل شهادة العبد لقوله تعالى ضرب الله مثلا عبدا مملوكا لا يقدر على شئ والشهادة شئ فلا يقدر على أدائها بظاهر الآية الكريمة ولان الشهادة تجرى مجرى الولايات والتمليكات أما معنى

الولاية فان فيه تنفيذ القول على الغير وانه من باب الولاء وأما معنى التمليك فان الحاكم يملك الحكم بالشهادة فكان الشاهد ملكه الحكم والعبد لا ولاية له على غيره ولا يملك فلا شهادة له ولانه لو كان له شهادة لكان يجب عليه الاجابة اذا دعى لادائها للآية الكريمة ولا يجب لقيام حق المولى وكذا لا تقبل شهادة المدبر والمكاتب وأم الولد لانهم عبيد وكذا معتق البعض عند أبى حنيفة وعندهما تقبل شهادته لانه بمنزلة المكاتب عنده وعندهما بمنزلة حر عليه دين ومنها بصر الشاهد عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله فلا تقبل شهادة الاعمى عندهما سواء كان بصيرا وقت التحمل أولا وعند أبى يوسف ليس بشرط حتى تقبل شهادته اذا كان بصيرا وقت التحمل وهذا اذا كان المدعى شيأ لا يحتاج الى الاشارة اليه وقت الاداء فاما اذا كان شيأ يحتاج الى الاشارة اليه وقت الاداء لا تقبل شهادته اجماعا وجه قول أبى يوسف أن اشتراط البصر ليس لعينه بل لحصول العلم بالمشهود به وذا يحصل اذا كان بصيرا وقت التحمل وجه قولهما أنه لا بد من معرفة المشهود له والاشارة اليه عند الشهادة فاذا كان أعمى عند الاداء لا يعرف المشهود له من غيره فلا يقدر على اداء الشهادة ومنها النطق فلا تقبل شهادة الاخرس لان مراعاة لفظة الشهادة شرط صحة أدائها ولا عبارة للاخرس أصلا فلا شهادة له ومنها العدالة لقبول الشهادة على الاطلاق فانها لا تقبل على الاطلاق دونها لقوله تعالى ممن ترضون من الشهداء والشاهد المرضى هو الشاهد العدل والكلام فى العدالة فى مواضع فى بيان ماهية العدالة انها ماهى فى عرف الشرع وفى بيان صفة العدالة المشروطة وفى بيان انها شرط أصل القبول وجوداً أم شرط القبول على الاطلاق وجوداً أو وجوبا أما الاول فقد اختلفت عبارات مشايخنا رحمهم الله فى ماهية العدالة المتعارفة قال بعضهم من لم يطعن عليه فى بطن ولا فرج فهو عدل لان أكثر أنواع الفساد والشر يرجع الى هذين العضوين وقال بعضهم من لم يعرف عليه جريمة فى دينه فهو عدل وقال بعضهم من غلبت حسناته سيئاته فهو عدل وقد روى عن النبى عليه الصلاة والسلام انه قال اذا رأيتم الرجل يعتاد الصلاة فى المساجد فاشهدوا له بالايمان وروى من صلى الى قبلتنا وأكل ذبيحتنا فاشهدوا له بالايمان وقال بعضهم من يجتنب الكبائر وأدى الفرائض وغلبت حسناته سيآته فهو عدل وهو اختيار أستاذ أستاذى الامام فخر الدين على البزدوى رحمه الله تعالى واختلفت فى ماهية الكبائر والصغائر قال بعضهم ما فيه حد فى كتاب الله عز وجل فهو كبيرة وما لا حد فيه فهو صغيرة وهذا ليس بسديد فان شرب الخمر وأكل الربا كبيرتان ولا حد فيهما فى كتاب الله تعالى وقال بعضهم ما يوجب الحد فهو كبيرة وما لا يوجبه فهو صغيرة وهذا بطل أيضا بأكل الربا فانه كبيرة ولا يوجب الحد وكذا بطل أيضا باشياء أخر هى كبائر ولا توجب الحد نحو عقوق الوالدين والفرار من الزحف ونحوها وقال بعضهم كلما جاء مقرونا بوعيد فهو كبيرة نحو قتل النفس المحرمة وقذف المحصنات والزنا والربا وأكل مال اليتيم والفرار من الزحف وهو مروى عن عبد الله بن عباس رضى الله عنهما وقيل له ان عبد الله بن سيدنا عمر رضى الله عنهما قال الكبائر سبع فقال هى الى سبعين أقرب ولكن لا كبيرة مع توبة ولا صغيرة مع اصرار وروى عن الحسن عن النبى عليه الصلاة والسلام أنه قال ما تقولون فى الزنا والسرقة وشرب الخمر قالوا الله ورسوله أعلم قال عليه الصلاة والسلام هن فواحش وفيهن عقوبة ثم قال عليه الصلاة والسلام ألا أنبئكم بأكبر الكبائر فقالوا بلى يا رسول الله فقال عليه الصلاة والسلام الاشراك بالله وعقوق الوالدين وكان عليه الصلاة والسلام متكئا فجلس ثم قال الا وقول الزور الا وقول الزور الا وقول الزور فاذا عرفت تفسير العدالة فى عرف الشرع فلا عدالة لشارب الخمر لان شربه كبيرة فتسقط به العدالة ومن مشايخنا من قال اذا كان الرجل صالحا فى أموره تغلب حسناته سيآته ولا يعرف بالكذب ولا بشئ من الكبائر غير انه يشرب الخمر أحيانا لصحة البدن والتقوى لا للتلهى يكون عدلا وعامة مشايخنا على أنه لا يكون عدلا لان شرب الخمر كبيرة محضة وان كان للتقوى ومن شرب النبيذ لا تسقط عدالته بنفس الشرب لان شربه للتقوى دون التلهى حلال وأما السكر منه فان كان وقع منه مرة وهو لا يدرى أو وقع سهوا لا تسقط عدالته وان كان يعتاد السكر منه تسقط

عدالته لان السكر منه حرام ولا عدالة لمن يحضر مجلس الشرب و يجلس بينهم وان كان لا يشرب لان حضوره مجلس الفسق فسق ولا عدالة للنائح والنائحة لان فعلهما محظور وأما المغنى فان كان يجتمع الناس عليه للفسق بصوته فلا عدالة له وان كان هو لا يشرب لانه رأس الفسقة وان كان يفعل ذلك مع نفسه لدفع الوحشة لا تسقط عدالته لان ذلك مما لا بأس به لان السماع مما يرقق القلوب لكن لا يحل الفسق به وأما الذى يضرب شيأ من الملاهى فانه ينظر ان لم يكن مستشنعا كالقصب والدف ونحوه لا بأس به ولا تسقط عدالته وان كان مستشنعا كالعود ونحوه سقطت عدالته لانه لا يحل بوجه من الوجوه والذى يلعب بالحمام فان كان لا يطيرها لا تسقط عدالته وان كان يطيرها تسقط عدالته لانه يطلع على عورات النساء و يشغله ذلك عن الصلاة والطاعات ومن يلعب بالرند فلا عدالة له وكذلك من يلعب بالشطرنج و يعتاده فلا عدالة له وان اباحه بعض الناس لتشحيذ الخاطر وتعلم أمر الحرب لانه حرام عندنا لكونه لعبا قال عليه الصلاة والسلام كل لعب حرام الا ملاعبة الرجل أهله وتأديبه فرسه ورميه عن قوسه وكذلك اذا اعتاد ذلك يشغله عن الصلاة والطاعات فان كان يفعله أحيانا ولا يقامر به لا تسقط عدالته ولا عدالة لمن يدخل الحمام بغير مئزر لان ستر العورة فريضة ومن ترك الصلاة بالجماعات استخفافا بها وهوانا بتركها فلا عدالة له لان الجماعة واجبة وان كان تركها عن تأويل بأن كان الامام غير مرضى عنده لا تسقط عدالته ولا عدالة لمن يفجر بالنساء أو يعمل بعمل قوم لوط ولا للسارق وقاطع الطريق والمتلصص وقاذف المحصنات وقاتل النفس المحرمة وآكل الربا ونحوه لان هؤلاء من رؤس الكبائر ولا عدالة للمخنث لان فعله وعمله كبيرة ولا عدالة لمن لم يبال من أين يكتسب الدراهم من أى وجه كان لان من هذا حاله لا يأمن منه أن يشهد زورا طمعا فى المال والمعروف بالكذب لا عدالة له ولا تقبل شهادته أبدا وان تاب لان من صار معروفا بالكذب واشتهر به لا يعرف صدقه فى توبته بخلاف الفاسق اذا تاب عن سائر أنواع الفسق تقبل شهادته وكذا من وقع فى الكذب سهوا أو ابتلى به مرة ثم تاب لانه قل ما يخلو مسلم عن ذلك فلو منع القبول لانسد باب الشهادة وأما الاقلف فتقبل شهادته اذا كان عدلا ولم يكن ترك الختان رغبة عن السنة لعمومات الشهادة ولان اسلامه اذا كان فى حال الكبر فيجوز أنه خاف على نفسه التلف فان لم يخف ولم يختتن تاركا للسنة لم تقبل شهادته كالفاسق والذى يرتكب المعاصى أن شهادته لا تجوز وان كنا لا نستيقن كونه فاسقا فى تلك الحال وتقبل شهادة ولد الزنا اذا كان عدلا لعمومات الشهادة لان زنا الوالدين لا يقدح فى عدالته لقوله سبحانه وتعالى ولا تزر وازرة وزر أخرى وماروى عنه عليه الصلاة والسلام ولد الزنا أسوأ الثلاثة فذاك فى ولد معين والله تعالى أعلم وتقبل شهادة الخصى لعمومات الشهادة وروى عن سيدنا عمر رضى الله عنه أنه قبل شهادة علقمة الخصى ولم ينقل أنه أنكر عليه منكر من الصحابة ولان الخصاء لا يقدح فى العدالة فلا يمنع قبول الشهادة وأما شهادة صاحب الهوى اذا كان عدلا فى هواه ودينه نظر فى ذلك ان كان هوى يكفره لا تقبل شهادته لان شهادة الكافر على المسلم غير مقبولة وان كان لا يكفره فان كان صاحب العصبية وصاحب الدعوة الى هواه أو كان فيه مجانة لا تقبل أيضا لان صاحب العصبية والدعوة لا يبالى من الكذب والتزوير لترويج هواه فكان فاسقا فيه وكذا اذا كان فيه مجانة لان الماجن لا يبالى من الكذب فان لم يكن كذلك وهو عدل فى هواه تقبل لان هواه يزجره عن الكذب الا صنف من الرافضة يسمون بالخطابية فانهم لا شهادة لهم لان من نحلتهم انه تحل الشهادة لمن يوافقهم على من يخالفهم وقيل من نحلتهم أن من ادعى أمرا من الامور وحلف عليه كان صادقا فى دعواه فيشهدون له فان كان هذا مذهبهم فلا تخلو شهادتهم عن الكذب وكذا لا عدالة لاهل الالهام لانهم يحكمون بالالهام فيشهدون لمن يقع فى قلوبهم انه صادق فى دعواه ومعلوم أن ذلك لا يخلو عن الكذب ولا عدالة لمن يظهر شتيمة الصحابة رضى الله تعالى عنهم لان شتيمة واحد من آحاد المسلمين مسقطة للعدالة فشتيمتهم أولى ولا عدالة لصاحب المعصية لقوله عليه الصلاة والسلام ليس منا من مات على المعصية وقال عليه الصلاة والسلام من مات على المعصية فهو كحمار نزع

بدينه فكانت المعصية معصية مسقطة للعدالة والاصل فى هذا الفصل أن من ارتكب جريمة فان كانت من الكبائر
سقطت عدالته الا أن يتوب فان لم تكن من الكبائر فان أصر عليها واعتاد ذلك فكذلك لان الصغيرة بالاصرار عليها
تصير كبيرة قال عليه الصلاة والسلام لا صغيرة مع الاصرار ولا كبيرة مع الاستغفار وان لم يصر عليها لا تسقط عدالته
اذا غلبت حسناته سيآته وأما بيان صفة العدالة المشروطة فقد اختلف أصحابنا رحمهم الله قال أبو حنيفة رضى الله
عنه الشرط هو العدالة الظاهرة فاما العدالة الحقيقية وهى الثابتة بالسؤال عن حال الشهود بالتعديل والتزكية فليست
بشرط وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله انها شرط ولقب المسئلة أن القضاء بظاهر العدالة جائز عنده وعندهما لا
يجوز وجملة الكلام فيه أنه لا خلاف فى أنه اذا طعن الخصم فى الشاهد انه لا يكتفى بظاهر العدالة بل يسأل القاضى عن
حال الشهود وكذا لا خلاف فى أنه يسأل عن حالهم فى الحدود والقصاص ولا يكتفى بالعدالة الظاهرة سواء طعن
الخصم فيهم أو لم يطعن واختلفوا فيما سوى الحدود والقصاص اذا لم يطعن الخصم قال أبو حنيفة رحمه الله لا يسأل وقالا
يسأل عن مشايخنا من قال هذا الاختلاف اختلاف زمان لا اختلاف حقيقة لان زمن أبى حنيفة رحمه الله كان من
أهل خير وصلاح لانه زمن التابعين وقد شهد لهم النبى عليه الصلاة والسلام بالخيرية بقوله خير القرون قرنى
الذى أنا فيه ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم ثم يفشو الكذب الحديث فكان الغالب فى أهل زمانه الصلاح
والسداد فوقعت الغنية عن السؤال عن حالهم فى السر ثم تغير الزمان وظهر الفساد فى قرنهما فوقعت الحاجة الى
السؤال عن العدالة فكان اختلاف جوابهم لاختلاف الزمان فلا يكون اختلافا حقيقة ومنهم من حقق الخلاف
(وجه) قولهما ان العدالة الظاهرة تصلح للدفع لا للاثبات لثبوتها باستصحاب الحال دون الدليل والحاجة ههنا
الى الاثبات وهو ايجاب القضاء والظاهر لا يصلح حجة له فلا بد من إثبات العدالة بدليلها ولابى حنيفة ظاهر قوله
عز وجل وكذلك جعلناكم أمة وسطا أى عدلا وصف الله سبحانه وتعالى مؤمنى هذه الامة بالوساطة وهى العدالة
وقال سيدنا عمر رضى الله تعالى عنه عدول بعضهم على بعض فصارت العدالة أصلا فى المؤمنين وزوالها بعارض
ولان العدالة الحقيقية مما لا يمكن الوصول اليها فتعلق الحكم بالظاهر وقد ظهرت عدالتهم قبل السؤال عن حالهم فيجب
الاكتفاء به الا أن يطعن الخصم لانه اذا طعن الخصم وهو صادق فى الطعن فيقع التعارض بين الظاهرين فلا بد من
الترجيح بالسؤال والسؤال فى الحدود والقصاص طريق لدرئها والحدود يحتال فيها للدرء ولو طعن المشهود عليه فى
حرية الشاهدين وقال انهما رقيقان وقالا نحن حران فالقول قوله حتى تقوم لهما البينة على حريتهما لان الاصل فى
بنى آدم وان كان هو الحرية لكونهم أولاد آدم وحواء عليهما الصلاة والسلام وهما حران لكن الثابت بحكم
استصحاب الحال لا يصلح للالزام على الخصم ولا بد من اثباتها بالدلائل والاصل فيه أن الناس كلهم أحرار الا فى
أربعة الشهادات والحدود والقصاص والعقل هذا اذا كانا مجهولى النسب لم تعرف حريتهما ولم تكن ظاهرة مشهورة
بان كانا من الهند أو الترك أو غيرهم ممن لا تعرف حريته أو كانا عربيين فاما اذا لم يكونا ممن يجرى عليه الرق فالقول
قولهما ولا يثبت رقهما الا بالبينة وأما بيان ان العدالة شرط قبول أصل الشهادة وجودا أم شرط القبول مطلقا وجوبا
ووجودا فقد اختلف فيه قال أصحابنا رحمهم الله انها شرط القبول للشهادة وجودا على الاطلاق ووجوبا لا شرط
أصل القبول حتى يثبت القبول بدونه وقال الشافعى عليه الرحمة انها شرط أصل القبول لا يثبت القبول أصلا دونها
حتى ان القاضى لو تحرى الصدق فى شهادة الفاسق يجوز له قبول شهادته ولا يجوز القبول من غير تحر بالاجماع وكذا
لا يجب عليه القبول بالاجماع وله أن يقبل شهادة العدل من غير تحر واذا شهد يجب عليه القبول وهذا هو الفصل
بين شهادة العدل وبين شهادة الفاسق عندنا وعند الشافعى عليه الرحمة لا يجوز للقاضى أن يقضى بشهادة الفاسق
أصلا وكذا ينعقد النكاح بشهادة الفاسقين عندنا وعنده لا ينعقد (وجه) قول الشافعى رحمه الله أن مبنى قبول
الشهادات على الصدق ولا يظهر الصدق الا بالعدالة لان خبر من ليس بمعصوم عن الكذب يحتمل الصدق

والكذب ولا يقع الترجيح الا بالعدالة واحتج فى انعقاد النكاح بقوله عليه الصلاة والسلام لا نكاح الا بولى وشاهدى عدل (ولنا) عمومات قوله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم وقوله عليه الصلاة والسلام لا نكاح الا بشهود والفاسق شاهد لقوله سبحانه وتعالى ممن ترضون من الشهداء قسم الشهود الى مرضيين وغير مرضيين فيدل على كون غير المرضى وهو الفاسق شاهداً ولان حضرة الشهود فى باب النكاح لدفع تهمة الزنا لا للحاجة الى شهادتهم عند الجحود والانكار لان النكاح يشتهر بعد وقوعه فيمكن دفع الجحود والانكار بالشهادة بالتسامع والتهمة تندفع بحضرة الفاسق فينعقد النكاح بحضرتهم وأما قوله الركن فى الشهادة هو صدق الشاهد فنعم لكن الصدق لا يقف على العدالة لا محالة فان من الفسقة من لا يبالى بارتكابه أنواعاً من الفسق ويستنكف عن الكذب والكلام فى فاسق تحرى القاضى الصدق فى شهادته فغلب على ظنه صدقه ولو لم يكن كذلك لا يجوز القضاء بشهادته عندنا وأما الحديث فقد روى عن بعض نقلة الحديث أنه قال لم يثبت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ولئن ثبت فلا حجة له فيه بل هو حجة عليه لانه ليس فيه جعل العدالة صفة للشاهد لانه لو كان كذلك لقال لا نكاح الا بولى وشاهدين عدلين بل هذا اضافة الشاهدين الى العدل وهو كلمة التوحيد فكأنه قال عليه الصلاة والسلام لا نكاح الا بولى مقابلى كلمة العدل وهى كلمة الاسلام والفاسق مسلم فينعقد النكاح بحضرته ومنها أن لا يكون محدوداً فى قذف عندنا وهو شرط الاداء وعند الشافعى رحمه الله ليس بشرط واحتج بعمومات الشهادة من غير فصل لان المانع هو الفسق بالقذف وقد زال بالتوبة (ولنا) قوله تعالى جل وعلا والذين يرمون المحصنات الآية نهى سبحانه وتعالى عن قبول شهادة الرامى على التأبيد فيتناول زمان ما بعد التوبة وبه تبين أن المحدود فى القذف مخصوص من عمومات الشهادة عملا بالنصوص كلها صيانة لها عن التناقض وكذلك الذمى اذا قذف مسلما فحد حد القذف لا تقبل شهادته على أهل الذمة فان أسلم جازت شهادته عليهم وعلى المسلمين وبمثله العبد المسلم اذا قذف حراً ثم حد حد القذف ثم عتق لا تقبل شهادته أبداً وان أعتق (ووجه) الفرق أن اقامة الحد توجب بطلان شهادة كانت للقاذف قبل الاقامة والثابت للذمى قبل اقامة الحد شهادته على أهل الذمة لا على أهل الاسلام فتبطل تلك الشهادة باقامة الحد فاذا أسلم فقد حدثت له بالاسلام شهادة غير مردودة وهى شهادته على أهل الاسلام لانها لم تكن له لتبطل بالحد فتقبل هذه الشهادة ثم من ضرورة قبول شهادته على أهل الاسلام قبول شهادته على أهل الذمة بخلاف العبد لان العبد من أهل الشهادة وان لم تكن له شهادة مقبولة لان له عدالة الاسلام والحد أبطل ذلك على التأبيد ولو ضرب الذمى بعض الحد فاسلم ثم ضرب الباقى تقبل شهادته لان المبطل للشهادة اقامة الحد فى حالة الاسلام ولم توجد لان الحد اسم للكل فلا يكون البعض حداً لان الحد لا يتجزأ وهذا جواب ظاهر الرواية وذكر الفقيه أبو الليث عليه الرحمة روايتين اخريين فقال فى رواية لا تقبل شهادته وفى رواية تقبل شهادته ولو ضرب سوطاً واحداً فى الاسلام لان السياط المتقدمة توقف كونها حداً على وجود السوط الاخير وقد وجد كمال الحد فى حالة الاسلام وفى رواية اعتبر الاكثر ان وجد أكثر الحد فى حال الاسلام تبطل شهادته والا فلا لان للاكثر حكم الكل فى الشرع والصحيح جواب ظاهر الرواية لما ذكرنا أن الحد اسم للكل وعند ضرب السوط الاخير تبين أن السياط كلها كانت حداً ولم يوجد الكل فى حال الاسلام بل البعض فلا ترد به الشهادة الحادثة بالاسلام هذا اذا شهد بعد اقامة الحد وبعد التوبة فاما اذا شهد بعد التوبة قبل اقامة الحد فتقبل شهادته بالاجماع ولو شهد بعد اقامة الحد قبل التوبة لا تقبل شهادته بالاجماع ولو شهد قبل التوبة وقبل اقامة الحد فهى مسألة شهادة الفاسق وقد مرت وأما النكاح بحضرة المحدودين فى القذف فينعقد بالاجماع أما عند الشافعى رحمه الله فلان له شهادة أداء فكانت له شهادة سماعا وأما عندنا فلان حضرة الشهود لدى النكاح ليست لدفع الجحود والانكار لاندفاع الحاجة بالشهادة بالتسامع بل لرفع ريبة الزنا والتهمة به وذا يحصل بحضرة المحدودين فى القذف فينعقد النكاح بحضرتهم ولا تقبل شهادتهم للنهى عن القبول والانعقاد ينفصل

عن القبول فى الجملة وأما المحدود فى الزنا والسرقة والشرب فتقبل شهادته بالاجماع اذا تاب لانه صار عدلا والقياس أن تقبل شهادة المحدود فى القذف اذا تاب لولا النص الخاص بعدم القبول على التأبيد ومنها أن لا يجر الشاهد الى نفسه مغنما ولا يدفع عن نفسه مغرما بشهادته لقوله عليه الصلاة والسلام لا شهادة لجار المغنم ولا لدافع المغرم ولان شهادته اذا تضمنت معنى النفع والدفع فقد صار متهما ولا شهادة للمتهم على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم ولانه اذا جر النفع الى نفسه بشهادته لم تقع شهادته لله تعالى عز وجل بل لنفسه فلا تقبل وعلى هذا تخرج شهادة الوالد وان علا لولده وان سفل وعكسه أنها غير مقبولة لان الوالدين والمولودين ينتفع البعض بمال البعض عادة فيتحقق معنى جر النفع والتهمة والشهادة لنفسه فلا تقبل وذكر الخصاف رحمه الله فى أدب القاضى عن النبى عليه الصلاة والسلام أنه قال لا تقبل شهادة الوالد لولده ولا الولد لوالده ولا السيد لعبده ولا العبد لسيده ولا الزوجة لزوجها ولا الزوج لزوجته وأما سائر القرابات كالاخ والعم والخال ونحوهم فتقبل شهادة بعضهم لبعض لان هؤلاء ليس لبعضهم تسلط فى مال البعض عرفا وعادة فالتحقوا بالاجانب وكذا تقبل شهادة الوالد من الرضاع لولده من الرضاع وشهادة الولد من الرضاع لوالده من الرضاع لان العادة ما جرت بانتفاع هؤلاء بعضهم بمال البعض فكانوا كالاجانب ولا تقبل شهادة المولى لعبده ولا شهادة العبد لمولاه لما قلنا وأما شهادة أحد الزوجين لصاحبه فلا تقبل عندنا وعند الشافعى رحمه الله تقبل واحتج بعمومات الشهادة من غير تخصيص نحو قوله تعالى جل وعلا واستشهدوا شهيدين من رجالكم وقوله عز شأنه وأشهدوا ذوى عدل منكم وقوله عظمت كبرياؤه ممن ترضون من الشهداء من غير فصل بين عدل وعدل ومرضى ومرضى (ولنا) ما روينا من النصوص من قوله عليه الصلاة والسلام لا شهادة لجار المغنم ولا شهادة للمتهم وأحد الزوجين بشهادته للزوج الآخر يجر المغنم الى نفسه لانه ينتفع بمال صاحبه عادة فكان شاهدا لنفسه لما روينا من حديث الخصاف رحمه الله وأما العمومات فنقول بموجبها لكن لم قلتم ان أحد الزوجين فى الشهادة لصاحبه عدل ومرضى بل هو مائل ومتهم لما قلنا لا يكون شاهدا فلا تتناوله العمومات وكذا لا تقبل شهادة الاجير له فى الحادثة التى استأجره فيها لما فيه من تهمة جر النفع الى نفسه ولا تقبل شهادة أحد الشريكين لصاحبه فى مال الشركة ولو شهد رجلان لرجلين على الميت بدين ألف درهم ثم شهد المشهود لهما للشاهدين على الميت بدين ألف درهم فشهادة الفريقين باطلة عند أبى حنيفة عليه الرحمة وأبى يوسف رحمه الله وعند محمد رحمه الله جائزة وعلى هذا الخلاف لو شهدا أن الميت أوصى لهما بالثلث وشهد المشهود لهما أن الميت أوصى للشاهدين بالثلث ولو شهدا أن الميت غصبهما دارا أو عبدا وشهد المشهود لهما للشاهدين بدين ألف درهم فشهادة الفريقين جائزة بالاجماع لمحمد رحمه الله ان كل فريق يشهد لغيره لا لنفسه فلا يكون متهما فى شهادته ولهما أن ما يأخذه كل فريق فالفريق الآخر يشاركه فيه فكان كل فريق شاهدا لنفسه بخلاف ما اذا اختلف جنس المشهود به لان ثمة معنى الشركة لا يتحقق ومنها أن لا يكون خصما لقوله عليه الصلاة والسلام لا تجوز شهادة خصم ولا ظنين ولانه اذا كان خصما فشهادته تقع لنفسه فلا تقبل وعلى هذا تخرج شهادة الوصى للميت واليتيم الذى فى حجره لانه خصم فيه وكذا شهادة الوكيل لموكله لما قلنا ومنها أن يكون عالما بالمشهود به وقت الاداء ذاكرا له عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما ليس بشرط حتى انه لو رأى اسمه وخطه وخاتمه فى الكتاب لكنه لا يذكر الشهادة لا يحل له أن يشهد ولو شهد وعلم القاضى به لا تقبل شهادته عنده وعندهما له أن يشهد ولو شهد تقبل شهادته (وجه) قولهما انه لما رأى اسمه وخطه وخاتمه على الصك دل أنه تحمل الشهادة وهى معلومة فى الصك فيحل له أداؤها واذا أداها تقبل ولان النسيان أمر جبل عليه الانسان خصوصا عند طول المدة بالشئ لان طول المدة ينسى فلو شرط تذكر الحادثة لاداء الشهادة لانسد باب الشهادة فيؤدى الى تضييع الحقوق وهذا لا يجوز ولابى حنيفة رحمه الله قوله تعالى جل شأنه ولا تقف ما ليس لك به علم وقوله عليه الصلاة والسلام اشاهد اذا علمت مثل الشمس فاشهدوا الا

فدع ولا اعتماد على الخط والختم لان الخط يشبه الخط والختم يشبه الختم ويجرى فيه الاحتيال والتزوير مع ما أن الخط للتذكر فخط لا يذكر وجوده وعدمه بمنزلة واحدة وعلى هذا الخلاف اذا وجد القاضى فى ديوانه شيأ لا يذكره وديوانه تحت ختمه أنه لا يعمل به عنده وعندهما يعمل اذا كان تحت ختمه وعلى هذا الخلاف اذا عزل القاضى ثم استقضى بعد ما عزل فأراد أن يعمل بشئ مما يرى فى ديوانه الاول ولم يذكر ذلك ليس له ذلك عنده وعندهما له ذلك والله تعالى أعلم (وأما) الشرائط التى ترجع الى نفس الشهادة فأنواع منها لفظ الشهادة فلا تقبل بغيرها من الالفاظ كلفظ الاخبار والاعلام ونحوهما وان كان يؤدى معنى الشهادة تعبدا غير معقول المعنى ومنها أن تكون موافقة للدعوى فيما يشترط فيه الدعوى فان خالفتها لا تقبل الا اذا وفق المدعى بين الدعوى وبين الشهادة عند امكان التوفيق لان الشهادة اذا خالفت الدعوى فيما يشترط فيه الدعوى وتعذر التوفيق انفردت عن الدعوى والشهادة المنفردة عن الدعوى فيما يشترط فيه الدعوى غير مقبولة وبيان ذلك فى مسائل اذا ادعى ملكا بسبب ثم أقام البينة على ملك مطلق لا تقبل وبمثله لو ادعى ملكا مطلقاً ثم أقام البينة على الملك بسبب تقبل (ووجه) الفرق ان الملك المطلق أعم من الملك بسبب لانه يظهر من الاصل حتى تستحق به الزوائد والملك بسبب يقتصر على وقت وجود السبب فكان الملك المطلق أعم فصار المدعى باقامة البينة على الملك المطلق مكذبا شهوده فى بعض ما شهدوا به والتوفيق متعذر لان الملك من الاصل ينافى الملك الحادث بسبب لاستحالة ثبوتهما معاً فى محل واحد بخلاف ما اذا ادعى الملك المطلق ثم أقام البينة على الملك بسبب لان الملك بسبب أخص من الملك المطلق على ما بينا فقد شهدوا باقل مما ادعى فلم يصر المدعى مكذبا شهوده بل صدقهم فيما شهدوا به وادعى زيادة شىء لا شهادة لهم عليه وصار كما لو ادعى الفا وخمسمائة فشهد الشهود على الف انه تقبل البينة على الالف لما قلنا كذا هذا ولو ادعى الملك بسبب معين ثم أقام البينة على الملك بسبب آخر بان ادعى دارا فى يد رجل انه ورثها من أبيه ثم أقام البينة على الملك انه اشتراها من صاحب اليد أو وهبها له أو تصدق بها عليه وقبض أو ادعى الشراء أو الهبة أو الصدقة ثم أقام البينة على الارث لا تقبل بينته لان الشهادة خالفت الدعوى لاختلاف البينتين صورة ومعنى أما الصورة فلا شك فيها وأما المعنى فلان حكم البينتين يختلف فلا يقبل الا اذا وفق بين الدعوى والشهادة فقال كنت اشتريت منه لكنه جحدنى الشراء وعجزت عن اثباته فاستوهبت منه فوهب منى وقبضت وأعاد البينة تقبل لانه اذا وفق فقد زالت المخالفة وظهر انه لم يكذب شهوده ويصير هذا فى الحقيقة ابتداء ولهذا يجب عليه اعادة البينة لتقع الشهادة عند الدعوى وكذا اذا وفق فقال ورثته من أبى الا أنه جحد ارثى فاشتريت منه أو وهب لى فانها تقبل لزوال التناقض والاختلاف بين الدعوى والشهادة ولو ادعى الشراء بعد هذا وأقام البينة على الشراء بالف درهم لا تقبل لان البدل قد اختلف واختلاف البدل يوجب اختلاف العقد فقد قامت البينة على عقد آخر غير ما ادعاه المدعى فلا تقبل الا اذا وفق المدعى فقال اشتريت بالعبد الا انه جحدنى الشراء به فاشتريته بعد ذلك بالف درهم فتقبل لزوال المخالفة وهذا اذا كان دعوى التوفيق فى مجلس آخر بان قام عن مجلس الحكم ثم جاء وادعى التوفيق فاما اذا لم يتم عن مجلس الحكم فدعوى التوفيق غير مسموعة ولو ادعى انه له ثم أقام البينة على انه لفلان وكله بالخصومة فيه تقبل بينته وبمثله لو ادعى انه لفلان وكلنى بالخصومة فيه ثم أقام البينة على انه له لا تقبل ووجه الفرق ان قوله أولا انه لى لا ينفى قوله انه لفلان وكلنى بالخصومة فيه لجواز ان يكون له بحق الخصومة والمطالبة ولغيره بحق الملك فكان التوفيق ممكناً فقبلت البينة بخلاف الفصل الثانى لان قوله هو لفلان وكلنى بالخصومة فيه ينفى قوله بعد ذلك هو لى لانه صرح بان الملك فيه لفلان وانه وكيل بالخصومة فيه بقوله انه لفلان وكلنى بالخصومة فيه فكان قوله بعد ذلك هو لى اقراراً منه بالملك لنفسه فكان مناقضاً فلا تقبل ولو ادعى انه لفلان وكلنى بالخصومة فيه ثم أقام البينة على انه لفلان آخر وكلنى بالخصومة فيه لا تقبل لان قوله أولا انه لفلان

وكلنى بالخصومة فيه كما ينفى قوله انه لى ينفى قوله انه لفلان آخر وكلنى بالخصومة فيه فلا تقبل الا اذا وفق فقال ان الموكل الاول باع من الموكل الثانى ثم وكلنى الثانى بالخصومة فيقبل لزوال المناقضة ولو ادعى فى ذى القعدة انه اشترى منه هـذه الدار فى شهر رمضان بالف ونقده الثمن ثم أقام البينة على أنه تصدق بالدار على المدعى فى شعبان لا تقبل بينته لان دعوى التصدق فى شعبان تنافى الشراء فى شهر رمضان لاستحالة شراء الانسان ملك نفسه والتوفيق غير ممكن فلا تقبل وان أقام البينة على التصدق فى شوال ووفق فقال جحدنى الشراء ثم تصدق بها على تقبل ولو ادعى داراً فى يدى رجل انها له وأقام البينة على أنها كانت فى يد المدعى بالامس لا تقبل وعن أبى يوسف انها تقبل و يؤمر بالرد اليه ولو أقام صاحب اليد البينة على انها كانت ملكا للمدعى تقبل بالاجماع (وجه) قول أبى يوسف رحمه الله ان البينة لما قامت على انها ما كانت فى يده فالاصل فى الثابت بقاؤه ولهذا قبلت البينة على ملك كان ولان الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة ولو ثبت بالمعاينة أو بالاقرار انه كان فى يده بالامس يؤمر بالرد اليه كذا هذا (وجه) ظاهر الرواية ان الشهادة قامت على يد كانت فلا يثبت الكون للحال الا بحكم استصحاب الحال وانه لا يصلح للالزام ولان اليد قد تكون محقة وقد تكون مبطلة وقد تكون يد ملك وقد تكون يد أمانة فكانت محتملة والمحتمل لا يصلح حجة بخلاف الملك والمعاينة وبخلاف الاقرار لانه حجة بنفسه والبينة ليست بحجة بنفسها بل بقضاء القاضى ولا وجه للقضاء بالمحتمل ولو أقام البينة انها كانت فى يده بالامس فاخذها هـذا منه أو غصبها أو أودعه أو أعاره تقبل و يقضى للخارج لانه علم بالبينة انه تلقى اليد من جهة الخارج فيؤمر بالرد اليه وعلى هذا يخرج ما اذا ادعى داراً فى يد رجل أنه ورثها من أبيه وأقام البينة على انها كانت لابيه فنقول هذا لا يخلو من أربعة أوجه اما ان شهدوا ان الدار كانت لابيه ولم يقولوا مات وتركها ميراثا له واما ان قالوا انها كانت لابيه مات وتركها ميراثا له واما ان قالوا انها كانت فى يد أبيه يوم الموت واما ان أثبتوا من أبيه فعلا فيها عند موته أما الوجه الاول فعلى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله لا تقبل الشهادة وعلى قول أبى يوسف تقبل وكذا لو شهدوا انها كانت لابيه مات قبلها لا تقبل قالوا يجب ان يكون هذا على قولهما أما على قول أبى يوسف على ما روى عنه فى الامالى ينبغى أن تقبل (وجه) قوله ان الملك متى ثبت لابيه بشهادتهم فالاصل فيما ثبت يبقى الى ان يوجد المزيل فصار كما لو شهدوا انها كانت لابيه يوم الموت أيضاً (وجه) قولهما ان الشهادة خالفت الدعوى لان المدعى ادعى ملكا كائنا والشهادة وقعت بملك كان لا بملك كائن فكانت الشهادة مخالفة للدعوى فلا يقبل قوله ما ثبت يبقى قلنا نعم لكن لا حكماً لدليل الثبوت لان دليل الثبوت لا يتعرض للبقاء وانما البقاء بحكم استصحاب الحال وانه لا يصلح حجة للاستحقاق ولو شهدوا انها كانت لجده فعندهما لا يقضى بها ما لم يشهدوا بالميراث بان يقولوا مات جده وتركها لابيه ثم مات أبوه وتركها ميراثا له وعند أبى يوسف ينظر ان علم ان الجد مات قبل الاب يقضى بها له وان علم ان الاب مات قبل الجد أو لم يعلم لم يقض بها ولو شهدوا انها لابيه لا يقضى بها له منهم من قال هذا على الاتفاق ومنهم من قال هو على الخلاف الذى ذكرنا وهو الصحيح فانه روى عن أبى يوسف انها تقبل وأما الوجه الثانى وهو ما اذا شهدوا انها كانت لابيه مات وتركها ميراثا له فلا شك ان هذه الشهادة مقبولة لانهم شهدوا بالملك الموروث عند الموت والترك ميراثا له وهو تفسير الملك الموروث وأما الوجه الثالث وهو ما اذا شهدوا انها كانت فى يده يوم الموت فالشهادة مقبولة لان مطلق اليد من الاصل يحمل على يد المالك فكانت الشهادة بيد قائمة عند الموت شهادة بملك قائم عند الموت فاذا مات فقد ترك فثبت الملك له فى المتروك اذ هو تفسير الملك الموروث ولان يده ان كانت يد ملك كان الملك ثابتاً للمورث عند الموت وان كانت يد أمانة انتقلت يد ملك اذا مات مجهلا لان التجهيل عند الموت سبب لوجوب الضمان ووجوب الضمان سبب لثبوت الملك فى المضمون عندنا وأما الوجه الرابع وهو ما اذا ثبت ليد المشهود من الاب فعلا فى العين عند الموت فهذا على وجهين اما ان يكون ذلك فعلا هو دليل اليد واما ان يكون فعلا ليس هو دليل اليد والفعل

الذى هو دليل اليد هو فعل لا يتصور وجوده بدون النقل فى النقليات كاللبس والحمل اوفعل يوجد للنقل عادة كالركوب فى الدواب أوفعلا يوجد فى الغالب من الملاك فيما لا يقبل النقل لا من غيرهم كالسكنى فى الدور والفعل الذى ليس بدليل اليد هو فعل ثبت فى النقليات من غير نقل ولا يكون حصوله للنقل عادة كالجلوس على البساط أوفعل ليس بفعل للملاك غالباً فيما لا يقبل كالنوم والجلوس فى الدار وأشباه ذلك فان كان فعلا هو دليل اليد تقبل الشهادة القائمة على ثبوته عند موت الاب لان الشهادة القائمة على ما هو دليل اليد عند الموت قائمة على اليد عند الموت وان كان فعلا ليس بدليل اليد لا تقبل الشهادة لانه لم توجد دليل اليد التى هى دلالة الملك وعلى هذا يخرج ما اذا اقام المدعى البينة ان أباه مات فى هذه الدار انها لا تقبل لانه لم توجد الشهادة على اليد الدالة على الملك ولا على فعل دال على اليد ولا على فعل هو فعل الملاك غالباً لان الدار قد يموت فيها المالك وقد يموت فيها غير المالك من الزوار والضيف ونحوه ولو شهدوا انه مات وهو لابس هذا القميص أو لابس هذا الخاتم تقبل لان لبس القميص والخاتم فعل لا يتصور بدون النقل فكان دليلا على اليد عند الموت أطلق محمد رحمه الله فى الجامع الجواب فى الخاتم ومنهم من حمل جواب الكتاب على ما اذا كان الخاتم فى خنصره أو بنصره يوم الموت وزعم انه اذا كان فيما سواهما من الاصابع لا تقبل الشهادة لان استعمال الملاك فى الخاتم هذا عادة فكانت الشهادة القائمة عليه قائمة على اليد فاما جعله فيما سواهما من الاصابع من الملاك فهو ليس بمعتاد فلا يكون ذلك استعمال الخاتم فلا يكون دليل اليد ولهذا قالوا وجعل المودع الخاتم فى خنصره او بنصره فضاع من يده يضمن لما انه استعمله ولو جعله فيما سواهما الاصابع فضاع لا يضمن لما ان ذلك حفظ وليس باستعمال والصحيح اطلاق جواب الكتاب لان فعله كيف ما كان لا يتصور بدون النقل فكان دليلا على اليد ولو شهدوا انه مات وهو جالس على هذا البساط أو على هذا الفراش او نائم عليه لا تقبل لان هذه الافعال تتصور من غير نقل ولا تفعل للنقل عادة فلم يكن دليل اليد فان قيل أليس انه لو تنازع اثنان فى بساط أحدهما جالس عليه والآخر متعلق به انه يكون بينهما نصفين وهذا دليل ثبوت يديهما عليه قيل له انما قضى به بينهما نصفين لدعواهما انه فى يدهما لا لثبوت اليد لان الجلوس عليه والتعلق به كل واحد منهما يتحقق بدون النقل ولا يوجد ان النقل غالباً على ما بينا فلا يكون دليل اليد ولو شهدوا انه مات وهو راكب على هذه الدابة تقبل ويقضى بالدابة للوارث لان الركوب وان كان يتهيأ بدون نقل الدابة الا انه لا يفعل عادة الا للنقل فكان دليل اليد ولو شهدوا أنه مات وهو ساكن هذه الدار تقبل ويقضى للوارث (وروى) عن أبى يوسف انه لا تقبل ولا يقضى (ووجهه) ان فعل السكنى فى الدار كما يوجد من الملاك يوجد من غيرهم فلا يصلح دليلا على اليد والصحيح جواب ظاهر الرواية لان السكنى فعل يوجد فى الغالب من الملاك لا من غيرهم هذا هو المعتاد فيما بين الناس فيحمل المطلق عليه ولو شهدوا انه مات وهذا الثوب موضوع على رأسه ولم يشهدوا انه كان حاملا له لا تقبل ولا يستحق المدعى بهذا شيئاً لانه يحتمل انه وضعه بنفسه أو وضعه غيره و يحتمل انه وقع عليه من غير صنع أحد بان هبت ريح به فالقته على رأسه فوقع الشك فى النقل منه فلا يثبت النقل منه بالشك فلا تثبت اليد بالشك ثم نقول اذا شهد الشهود انها كانت لابيه مات وتركها ميراثاً للورثة فلا يخلو اما ان قالوا هذا وارثه لا وارث له غيره واما ان قالوا هو وارثه لا نعلم ان له وارثاً غيره واما ان قالوا هو وارثه ولم يقولوا الا وارث له غيره ولا قالوا الا نعلم له وارثاً غيره فاما الوجه الاول وهو ما اذا قالوا هو وارثه لا وارث له غيره فانه تقبل شهادتهم استحساناً والقياس ان لا تقبل لانها كشهادة على ما لا علم للشاهد به لاحتمال ان يكون له وارث لا يعلمه وقد قال عليه والسلام للشاهد اذا علمت مثل الشمس فاشهد والا فدع (وجه) الاستحسان ان قولهم لا وارث له غيره معناه فى متعارف الناس وعاداتهم لا نعلم له وارثاً غيره أولا وارث له غيره فى علمنا ولو نص على ذلك لقبلت شهادتهم فكذا هذا والله سبحانه أعلم (وأما) الوجه الثانى وهو ما اذا قالوا هو وارثه لا نعلم له وارثاً غيره

تقبل شهادتهم عند عامة العلماء رضي الله عنهم وقال ابن أبي ليلى رحمه الله لا تقبل حتى يقولوا لا وارث له غيره لانهم لو لم يقولوا لا وارث له غيره احتمل ان يكون له وارث غيره لا يعلمونه والصحيح قول العامة لان الشاهد انما تحل له الشهادة بما في علمه ونفي وارث آخر ليس في علمه فلا تحل له الشهادة به الا على اعتبار ما في علمه على ما ذكرنا ولو قالوا لا نعلم له وارثاً غيره في هذا المصر أو في أرض كذا تقبل عند أبي حنيفة وعندهما لا تقبل (وجه) قولهما ان قولهم لا نعلم له وارثاً غيره في هذا المصر لا ينفي وارثاً غيره لجواز ان يكون له وارث آخر في مصر آخر ولابي حنيفة رحمه الله انه لو كان له وارث آخر في موضع آخر لعلموه لان وارث الانسان لا يخفى على أهل بلده عادة فكان التخصيص والتعميم فيه سواء ثم اذا شهدوا انه وارثه لا وارث له غيره أو شهدوا انه وارثه لا نعلم له وارثاً غيره أو لا نعلم له وارثاً غيره في هذا المصر على مذهب أبي حنيفة رضي الله عنه فانه يدفع كل التركة اليه سواء كان الوارث ممن لا يحتمل الحجب كالابن والاب والام ونحوهم أو يحتمله كالاخ والاخت والجد ونحوهم لانه تعين وارثاً له فيدفع اليه جميع الميراث الا اذا كان زوجا او زوجة فلا يعطى الا أكثر نصيبه فلا يعطى الزوج الا النصف ولا تعطى المرأة الا الربع لانهما لا يستحقان من الميراث أكثر من ذلك لانه لا يرد عليهما وفي هذين الموضعين لا يؤخذ من الوارث كفيل بالاجماع وأما الوجه الثالث وهو ما اذا شهدوا انه وارثه ولم يقولوا لا وارث له غيره ولا قالوا لا نعلم له وارثاً غيره فانه ينظر ان كان ممن يحتمل الحجب لا يدفع اليه شيء لجواز ان يكون ثمة حاجب فان كان لا يعطى وان لم يكن يعطى بالشك وان كان ممن لا يحتمل الحجب يدفع اليه جميع المال الا الزوج والزوجة فانه لا يدفع اليهما الا نصيبهما وهو أكثر النصيبين عند محمد رحمه الله للزوج النصف وللمرأة الربع وعند أبي يوسف رحمه الله أقل النصيبين للزوج الربع وللمرأة الثمن في ظاهر الرواية عنه (وجه) قول محمد رحمه الله ان النقصان عن أكثر النصيبين باعتبار المزاحمة وفي وجود المزاحم شك فلا يثبت النقصان بالشك ولابي يوسف رحمه الله ان الاقل ثابت بيقين وفي الزيادة شك فلا تثبت الزيادة بالشك وروى عنه رواية أخرى أن للزوج الربع وللمرأة ربع الثمن لجواز ان يكون له أربع نسوة فيكون لها ربع الثمن لانه ثابت بيقين وفي الزيادة شك وروى عنه أصحاب الاملاء وللزوج الخمس وللمرأة ربع التسع أما الزوج فلان من الجائز ان يكون للمرأة ابوان و بنتان و زوج أصل المسئلة من اثنى عشر للابوين السدسان أربعة وللبنتين الثلثان ثمانية وللزوج الربع ثلاثة فعالت بثلاثة اسهم فصارت الفريضة من خمسة عشر وثلاثة من خمسة عشر خمسها فذلك للزوج وأما المرأة فلان من الجائز ان يكون للميت أبوان و بنتان وزوجة أصل المرأة من أربعة وعشرين للابوين السدسان ثمانية وللبنتين الثلثان ستة عشر وللزوجة الثمن ثلاثة فعالت بثلاثة أسهم فصارت الفريضة سبعة وعشرين وثلاثة من سبعة وعشرين تسعها ثم من الجائز ان يكون معها ثلاثة أخرى فيكن أربع زوجات فيكون لها ربع التسع وثلاثة على اربعة لا تستقيم فتضرب أربعة في تسعة و يكون ستة وثلاثين سهما تسعها أربعة فلها من ذلك سهم وهو ربع التسع وهو سهم من ستة وثلاثين سهما ثم في هذا الوجه الثالث اذا كان الوارث ممن لا يحتمل الحجب ودفع المال اليه هل يؤخذ منه كفيل قال أبو حنيفة عليه الرحمة لا يؤخذ وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يؤخذ (وجه) قولهما ان أخذ الكفيل لصيانة الحق والحاجة مست الى الصيانة لاحتمال ظهور وارث آخر فيؤخذ الكفيل نظراً للوارث كما في رد الآبق واللقطة الى صاحبها ولابي حنيفة رحمه الله ان حق الحاضر للحال ثابت بيقين وفي ثبوت الحق لوارث آخر شك لانه قد يظهر وارث آخر وقد لا يظهر فلا يجوز تعطيل الحق الثابت بيقين لحق مشكوك فيه مع ما ان المكفول له مجهول والكفالة للمجهول غير صحيحة وأما أخذ الكفيل بتسليم الآبق واللقطة فقد قيل انه قولهما اما ان في المسئلة روايتان فاما عند أبي حنيفة رحمه الله فلا يؤخذ الكفيل على انا سلمنا فتلك كفالة لمعلوم لا لمجهول لان الراد انما يأخذ الكفيل لنفسه كيلا يلزمه الضمان فلم تكن كفالة لمجهول وذكر أبو حنيفة رحمه الله هذه المسئلة في الجامع الصغير

وقال

وقال هذا شيء احتاط به بعض القضاة وهو ظلم أرأيت لو لم يجد كفيلا كنت أمنعه حقه دلت تسميته أخذ الكفيل ظلماً على ان مذهبه ان ليس كل مجتهد مصيباً اذ الصواب لا يحتمل ان يكون ظلماً فدلت المسألة على براءة ساحته عن لوث الاعتزال بحمد الله ومنه وأما الذي يرجع الى المشهود به فمنها ان تكون الشهادة بمعلوم فان كانت بمجهول لم تقبل لان علم القاضي بالمشهود به شرط صحة قضائه فما لم يعلم لا يمكنه القضاء به وعلى هذا يخرج ما اذا شهد رجلان عند القاضي ان فلاناً وارث هذا الميت لا وارث له غيره انه لا تقبل شهادتهما لانهما شهدا بمجهول لجهالة الوارث أسباب الوراثة واختلاف أحكامها فلا بد أن يقولوا ابنه ووارثه لا يعلمون له وارثا غيره أو اخوه لابيه وأمه لا يعلمون له وارثا غيره وقوله لا يعلمون له وارثا غيره لئلا يتلوم القاضي لا لانه من الشهادة عند محمد رحمه الله لجنس هذه المسائل باباً في الزيادات يعرف ثمة ان شاء الله تعالى ومنها ان يكون المشهود به معلوما للشاهد عند أداء الشهادة حتى لو ظن لا تحل له الشهادة وان رأى خطه وختمه وأخبره الناس بما يتذكر بنفسه وهذا عند ابي حنيفة رضي الله عنه وعندهما ان رأى خطه وختمه له ان يشهد نحو ما تقدم من الخلاف والحجج من الجانبين وأما الذي يخص المكان فواحد وهو مجلس القاضي لان الشهادة لا تصير حجة ملزمة الا بقضاء القاضي فتختص بمجلس القضاء والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) الشرائط التي تخص بعض الشهادات دون البعض فانواع أيضاً (منها) الدعوى في الشهادة القائمة على حقوق العباد من المدعي بنفسه أو نائبه لان الشهادة في هذا الباب شرعت لتحقيق قول المدعي ولا يتحقق قوله الا بدعواه اما بنفسه واما بنائبه وأما حقوق الله تبارك وتعالى فلا يشترط فيها الدعوى كاسباب الحرمات من الطلاق وغيره وأسباب الحدود الخالصة حقا لله تعالى الا انه شرطت الدعوى في باب السرقة لان كون المسروق ملكا لغير السارق شرط تحقق كون الفعل سرقة شرعا ولا يظهر ذلك الا بالدعوى فشرطت الدعوى لهذا واختلف في عتق العبد انه حق للعبد فتشترط فيه الدعوى أو حق لله تعالى فلا تشترط فيه الدعوى مع الاتفاق على ان عتق الامة حق لله تعالى لما علم من الخلاف في كتاب العتاق والله سبحانه وتعالى أعلم (ومنها) العدد في الشهادة بما يطلع عليه الرجال لقوله تعالى فاستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان (وقوله) سبحانه وتعالى ثم لم يأتوا بأربعة شهداء ولان الواجب على الشاهد اقامة الشهادة لله عز وجل الآية وهو قوله تعالى وأقيموا الشهادة لله تعالى وقوله تعالى كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولا تقع الشهادة لله الا وان تكون خالصة صافية عن جر النفع ومعلوم ان في الشهادة منفعة للشاهد من حيث التصديق لان من صدق قوله يتلذذ به فلو قبل قول الفرد لم تخل شهادته عن جر النفع الى نفسه فلا يخلص لله عز وجل فشرط العدد في الشهادة ليكون كل واحد مضافا الى قول صاحبه فتصفو الشهادة لله عز شأنه ولانه اذا كان فرداً يخاف عليه السهو والنسيان لان الانسان مطبوع على السهو والغفلة فشرط العدد في الشهادة ليذكر البعض البعض عند اعتراض السهو والغفلة كما قال الله تعالى في اقامة امرأتين مقام رجل في الشهادة ان تضل إحداهما فتذكر إحداهما أخرى ثم الشرط عدد المثنى في عموم الشهادات القائمة على ما يطلع عليه الرجال الا في الشهادة بالزنا فانه يشترط فيها عدد الاربعة لقوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا باربعة شهداء وقوله تعالى فان لم يأتوا بالشهداء فأولئك عند الله هم الكاذبون ولان الشهادة في هذا الباب أحد نوعي الحجة فتعتبر بالنوع الآخر وهو الاقرار ثم عدد الاقارير الاربعة شرط ظهور الزنا عندنا فكذا عدد الشهود الاربعة بخلاف سائر الحدود فانه لا يشترط العدد في الاقرار لظهورها فكذا في الشهادة ولان عدد الاربعة في الزنا ثبت نصا بخلاف القياس لان خبر من ليس بمعصوم من الكذب لا يخلو عن احتمال الكذب وعدد الاربعة في احتمال الكذب مثل عدد المثنى ما لم يدخل في حد التواتر لكنا عرفناه شرطا بنص خاص معدولا به عن القياس فبقي سائر الابواب على أصل القياس واما فيما لا يطلع عليه الرجال كالولادة والعيوب الباطنة في النساء فالعدد فيه ليس

بشرط عندنا فتقبل فيه شهادة امرأة واحدة والثنتان أحوط وعند مالك والشافعي رحمهما الله ان العدد فيه شرط الا
ان عند مالك رحمه الله يكتفى فيه بامرأتين وعند الشافعي رحمه الله لابد من الاربع وجه قول مالك ان شهادة الرجال
لما سقط اعتبارها في هذا الباب لمكان الضرورة وجب الاكتفاء بعددهم من النساء ووجه قول الشافعي رحمه
الله ان الشرع أقام كل امرأتين في باب الشهادة مقام رجل واحد ثم لا يكتفى باقل من رجلين فلا يكتفى باقل من أربع
نسوة (ولنا) ان شرط العدد في الشهادة في الاصل ثبت تعبداً غير معقول المعنى لان خبر من ليس بمعصوم عن الكذب
لا يفيد العلم قطعاً و يقيناً وانما يفيده غالب الرأي وأكثر الظن وهذا ثبت بخبر الواحد العدل ولهذا لم يشترط العدد
في رواية الاخبار الا انا عرفنا العدد فيها شرطاً بالنص والنص ورد بالعدد في شهادة النساء في حالة مخصوصة وهي ان
يكون معهن رجل بقوله تعالى عز شأنه فرجل وامرأتان فبقيت حالة الانفراد عن الرجال على أصل القياس وقد روى
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل شهادة القابلة على الولادة ولو شهد رجل واحد بالولادة يقبل لانه لما قبل شهادة
امرأة واحدة فشهادة رجل واحد أولى والله سبحانه وتعالى أعلم ومنها اتفاق الشهادتين فيما يشترط فيه العدد فان
اختلفا لم تقبل لان اختلافهما يوجب اختلاف الدعوى والشهادة ولان عند اختلاف الشهادتين لم يوجد الا أحد
شطرى الشهادة ولا يكتفى به فيما يشترط فيه العدد ثم نقول الاختلاف قد يكون في جنس المشهود به وقد يكون في
قدره وقد يكون في الزمان وقد يكون في المكان وغير ذلك اما اختلافهما في الجنس فقد يكون في العقد وقد يكون في المال
اما في العقد فهو ان يشهد أحدهما بالبيع والآخر بالميراث أو بالهبة أو غير ذلك فلا تقبل لاختلاف العقدين صورة
ومعنى فقد شهد كل واحد منهما بعقد غير ما شهد به الآخر وليس على أحدهما شهادة شاهدين واما في المال فهو ان
يشهد أحدهما بمكيل والآخر بموزون فلا تقبل لانهما جنسان مختلفان وليس على أحدهما شهادة شاهدين واما
اختلاف الشهادة في قدر المشهود به فنحو ما اذا ادعى رجل على رجل الفي درهم وأقام شاهدين شهد أحدهما بالفين
والآخر بالف لا تقبل عند أبي حنيفة رحمه الله أصلا وعندهما تقبل على الالف ولو كان المدعى يدعى ألفا وخمسمائة
فشهد أحدهما بالف وخمسمائة والآخر بالف تقبل على الالف بالاجماع وجه قولهما ان الشهادة لم تخالف الدعوى
في قدر الالف بل وافقتها بقدرها الا ان المدعى يدعى زيادة مال لا شهادة لهم عليه فيثبت قدر ما وقع الاتفاق عليه كما اذا
ادعى الفاً وخمسمائة فشهد أحدهما بذلك والآخر بالف تقبل على الالف لما قلنا كذا هذا ولابي حنيفة رحمه الله ان
شطر الشهادة خالف الدعوى لان المدعى يدعى الفين وانه اسم وضع دلالة على عدد معلوم والاسم الموضوع دلالة
على عدد لا يقع على ما دون ذلك العدد كسائر أسماء الاعداد كالمترك لالف من الابل والهنيدة لمائة منها ونحو ذلك فلم
تكن الالف المفردة مدعى فلم تكن الشهادة شاهدة على ما دخل تحت الدعوى فانفردت الشهادة عن الدعوى فيما
يشترط فيه الدعوى فلا تقبل بخلاف ما اذا ادعى الفاً وخمسمائة فشهد أحدهما بذلك والآخر بالف انه يقبل على الالف
لان الالف والخمسمائة اسم لعددين الا ترى انه يعطف احدهما على الآخر فيقال الف وخمسمائة فكان كل واحد منهما
بانفراده داخلا تحت الدعوى فالشهادة القائمة عليهما تكون قائمة على كل واحد منهما مقصوداً فاذا شهد أحدهما بالالف
فقد شهد باحد العددين الداخلين تحت الدعوى فكانت الشهادة موافقة للدعوى في عدد الالف فيقضى به للمدعى
لقيام الحجة عليه بخلاف الالف والالفين لانه اسم لعدد واحد لا تصح على ما دونه بحال فلم تكن الالف المفردة داخلة
تحت الدعوى فكانت الشهادة القائمة عليها شهادة على ما لم يدخل تحت الدعوى فلا تقبل فهو الفرق بينهما ولو ادعى
الفاً فشهد أحدهما بالالف والآخر بالفين لا تقبل على الالف بالاجماع لان المدعى كذب أحد شاهديه في بعض
ما شهد به فاوجب ذلك تهمة في الباقي فلا تقبل الا اذا وفق فقال كان لى عليه ألفان الا انه كان قد قضانى الفا ولم يعلم به
الشاهد فيقبل وكذا لو ادعى الفا فشهد أحدهما بها والآخر بالف وخمسمائة لا تقبل لما قلنا الا اذا وفق فقال كان لى
عليه الف وخمسمائة الا انه قضانى خمسمائة ولم يعلم بها الشاهد فتقبل لانه اذا وفق فقد زال الاختلاف المانع من القبول

ولوادعى على رجل انه باع عبده بالفى درهم وهو ينكر فشهد شاهد بالفين وآخر بألف أوادعى انه باعه بألف وخمسمائة فشهد أحدهما بالف وخمسمائة والآخر بالف لاتقبل بالاجماع لان الشاهدين اختلفا فى البدل واختلاف البدلين يوجب اختلاف العقدين فصار كل واحد منهما شاهداً بعقد غير عقد صاحبه وليس على أحدهما شهادة شاهدين فلاتقبل ولايثبت العقد وكذا لوكان المشترى مدعيا والبائع مدعى عليه لما قلنا فان كان هذا فى الاجارة ينظر ان كانت الدعوى من المؤاجر فى مدة الاجارة لاتقبل لان هذا يكون دعوى العقد وليس على أحد العاقدين شهادة شاهدين فلاتقبل كما فى باب البيع وان كانت الدعوى بعد انقضاء مدة الاجارة فهذا دعوى المال لادعوى العقد فكان حكمه حكم سائر الديون وقد ذكرناه على الاتفاق والاختلاف هذا اذا كانت الدعوى من المؤاجر فان كانت من المستأجر لاتقبل سواء كانت الدعوى فى المدة أو بعد انقضائها لان هذا دعوى العقد ولوكان هذا فى النكاح فان كانت الدعوى من المرأة فهذا دعوى المال عند أبى حنيفة عليه الرحمه حتى انها لوادعت على رجل انه تزوجها على الف وخمسمائة فشهد لها شاهدان أحدهما بالف وخمسمائة والآخر بالف تقبل والنكاح جائز بالف درهم وعندهما لاتقبل ولايجوز النكاح لان هذا دعوى العقد ولو كانت الدعوى من الرجل والمرأة تنكر لاتقبل بالاجماع لان هذا دعوى العقد ولو كانت الدعوى فى الخلع أوفى الطلاق على مال أوفى العتاق أوفى الصلح عن دم العمد على مال فان كانت الدعوى من الزوج أومن المولى أوولى القصاص تقبل لان هذا دعوى المال وان كانت الدعوى من المرأة أوالعبد أوالقاتل لاتقبل لان هذا دعوى العقد ولوكان هذا فى الكتابة فان كانت الدعوى من المكاتب لاتقبل لان هذا دعوى العقد فلا تقبل ولاتصح الكتابة وان كانت من المولى فلاتصح لان للمكاتب ان يعجز نفسه متى شاء (واما) اختلاف الشهادة فى الزمان والمكان فانه ينظر ان كان ذلك فى الاقار يرلايمنع القبول وان كان فى الافاعيل من القتل والقطع والغصب وانشاء البيع والطلاق والعتاق والنكاح ونحوها يمنع القبول ووجه الفرق ان الاقرار مما يحتمل التكرار فيمكن التوفيق بين الشهادتين لسماعه عن الاقرار فى زمانين أومكانين فلايتحقق الاختلاف بين الشهادتين بخلاف القتل والقطع وانشاء البيع وغيره من العقود والفسوخ لان هذا لايحتمل التكرار فاختلاف الزمان والمكان فيها يوجب اختلاف الشهادتين فيمنع القبول وبالله التوفيق ولوادعى رجل على رجل قرض الف درهم فشهد شاهدان أحدهما على القرض والآخر على القرض والقضاء يقضى بشهادتهما على القرض ولايقضى بالقضاء فى ظاهر الرواية وروى عن أبى يوسف رحمه الله انه لايقضى بشهادتهما بالقرض أيضا لانهما وان اجتمعا على الشهادة بالقرض لكن الذى شهد بالقضاء فسخ شهادته بالقرض فبقى على القرض شاهد واحد فلايقضى بالشهادة والصحيح جواب ظاهر الرواية لان الشهادتان اختلفا فى القضاء لافى القرض بل اتفقا على القرض فيقضى به وقوله شاهد القضاء فسخ شهادته بالقرض قلنا ممنوع بل قرر شهادته على القرض لان قضاء القرض بعد القرض يكون (واما) الذى يرجع الى المكان فواحد وهو مجلس القضاء ومنها الذكورة فى الشهادة بالحدود والقصاص فلاتقبل فيها شهادة النساء لما روى عن الزهرى رحمه الله انه قال مضت السنة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم والخليفتين من بعده رضوان الله تعالى عليهما انه لاتقبل شهادة النساء فى الحدود والقصاص ولان الحدود والقصاص مبناهما على الدرء والاسقاط بالشبهات وشهادة النساء لاتخلو عن شبهة لانهن جبلن على السهو والغفلة ونقصان العقل والدين فيورث ذلك شبهة بخلاف سائر الاحكام لانها تجب مع الشبهة ولان جواز شهادة النساء على البدل من شهادة الرجال والابدال فى باب الحدود غير مقبولة كالكفالات والوكالات واما الشهادة على الاموال فالذكورة ليست فيها بشرط والانوثة ليست بمانعة بالاجماع فتقبل فيها شهادة النساء مع الرجال لقول الله تبارك وتعالى فى باب المداينة فاستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء واختلف فى اشتراطها فى الشهادة بالحقوق التى ليست بمال كالنكاح والطلاق والنسب قال أصحابنا رضى الله عنهم ليست بشرط وقال الشافعى رضى الله عنه شرط (وجه)

قول الشافعى رحمه الله ان شهادة النساء حجة ضرورة لانها جعلت حجة فى باب الديانات عند عدم الرجال ولا ضرورة فى الحقوق التى ليست بمال لاندفاع الحاجة فيها بشهادة الرجال ولهذا لم تجعل حجة فى باب الحدود والقصاص وكذا لم تجعل حجة بانفرادهن فيما لا يطلع عليه الرجال (ولنا) قوله تبارك وتعالى واستشهدوا الآية جعل الله سبحانه وتعالى لرجل وامرأتين شهادة على الاطلاق لانه سبحانه وتعالى جعلهم من الشهداء والشاهد المطلق من له شهادة على الاطلاق فاقتضى ان يكون لهم شهادة فى سائر الاحكام الا ماقيد بدليل وروى عن سيدنا عمر رضى الله عنه انه أجاز شهادة النساء مع الرجال فى النكاح والفرقة ولم ينقل أنه أنكر عليه منكر من الصحابة فكان اجماعا منهم على الجواز ولان شهادة رجل وامرأتين فى اظهار المشهود به مثل شهادة رجلين لرجحان جانب الصدق فيها على جانب الكذب بالعدالة الا انها لم تجعل حجة فيما يدرأ بالشبهات لنوع قصور وشبهة فيها لما ذكرنا وهذه الحقوق تثبت بدليل فيه شبهة (وأما) قوله بانها ضرورة فلا تسلم فانها مع القدرة على شهادة الرجال فى باب الاموال مقبولة فدل انها شهادة مطلقة لا ضرورة وبه تبين ان نقصان الانوثة يصير مجبورا بالعدد فكانت شهادة مطلقة واختلف فى اشتراطها فى الشهادة على الاحصان قال علماؤنا الثلاثة رضى الله عنهم ليست بشرط وقال زفر شرط حتى يظهر الاحصان بشهادة رجل وامرأتين عندنا وعنده لا يظهر (وجه) قول زفر رحمه الله أن الذكورة شرط فى علة العقوبات بالاجماع حتى لا يظهر بشهادة رجل وامرأتين والاحصان من جملة أوصاف العلة لان علة وجوب الرجم ليس هو الزنا المطلق بل الزنا الموصوف بالتغليظ ولا يتغلظ الا بالاحصان فكان الاحصان من جملة العلة فلا يثبت بشهادة النساء ولهذا لو أقر بالاحصان جاز رجوعه كما انه لو أقر بالزنا رجع وكذا الشهادة القائمة على الاحصان من غير دعوى كالشهادة القائمة على الزنا (ولنا) قوله عز وجل فاستشهدوا الآية ودلالتها على نحو ما تقدم مع الشافعى رحمه الله وأما قوله من جملة العلة الاحصان قلنا لا ممنوع بل هو شرط العلة فيصير الزنا عنده علة والحكم يضاف الى العلة لا الى الشرط لما عرف فى أصول الفقه وأما الرجوع عنه بعد الاقرار فلا نسلم أنه لا يصح الرجوع فى قول أبى يوسف رحمه الله ولا يصح فى قول زفر رحمه الله وهذا حجة على زفر ولا رواية فيه عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله فلنا أن نمنع وعدم اشتراط الدعوى يدل على أنه حق الله سبحانه وتعالى لا على انه تضاف اليه العقوبة ألا ترى ان الدعوى ليست بشرط فى عتق الامة اجماعا ولا فى عتق العبد عند أبى يوسف ومحمد وان كان لا يتقرر تعلق عقوبة به ونحن نسلم ان الاحصان حق الله تعالى فى هذا الوقت على ما عرف فى الخلافيات ومنها اسلام الشاهد اذا كان المشهود عليه مسلما حتى لا تقبل شهادة الكافر على المسلم لان الشهادة فيها معنى الولاية وهو تنفيذ القول على الغير ولا ولاية للكافر فلا شهادة له عليه وتقبل شهادة المسلم على الكافر لانه من أهل أن يثبت له الولاية على المسلم فعلى الكافر أولى (وأما) اذا كان المشهود عليه كافرا فاسلام الشاهد هل هو شرط لقبول شهادته عليه فقد اختلف فيه قال أصحابنا رضى الله عنهم ليس بشرط حتى تقبل شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض سواء اتفقت مللهم أو اختلفت بعد ان كانوا عدولا فى دينهم وقال الشافعى رحمه الله شرط حتى لا تقبل شهادتهم أصلا واحتج بقوله سبحانه وتعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا نفى الله سبحانه وتعالى أن يكون للكافرين على المؤمنين سبيلا وفى قبول شهادة بعضهم على بعض اثبات السبيل للكافرين على المؤمنين لانه يجب على القاضى القضاء بشهادتهم وانه منفى ولان العدالة شرط قبول الشهادة والفسق مانع والكفر رأس الفسق فكان أولى بالمنع من القبول (ولنا) قول النبى عليه الصلاة والسلام فى ذلك الحديث فاذا قبلوا عقد الذمة فاعلمهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين وللمسلم على المسلم شهادة فكذا للذمى على الذمى فظاهره يقتضى أن يكون للذمى على المسلم شهادة كالمسلم الا أن ذلك صار مخصوصا من عموم النص ولان الحاجة مست الى صيانة حقوق أهل الذمة ولا تحصل الصيانة الا وان يكون لبعضهم على بعض شهادة ولا شك أن الحاجة

الى صيانة حقوقهم ماسة لانهم انما قبلوا عقد الذمة لتكون دماؤهم كدمائنا وأموالهم كاموالنا والدليل على أن الصيانة لا تحصل الا وأن يكون لبعضهم على بعض شهادة لان هذه المعاملات تكثر فيما بينهم والمسلمون لا يحضرون معاقدتهم ليتحملوا حوادثهم فلو لم يكن لبعضهم على بعض شهادة لضاعت حقوقهم عند الجحود والانكار فدعت الحاجة الى الصيانة بالشهادة وأما الآية الكريمة فوجوب القضاء لا يثبت بالشهادة وانما يثبت بالتقليد السابق والشهادة شرط الوجوب والحكم لا يثبت بالشرط فلا يكون فى قبول شهادة بعضهم على بعض اثبات السبيل للكافر على المؤمن سواء اتفقت مللهم أو اختلفت فتقبل شهادة النصرانى على اليهودى واليهودى على المجوسى وقال ابن أبى ليلى ان اختلفت لا تقبل وهذا غير سديد لان الكفر وان اختلفت أنواعه صورة فهو ملة واحدة حقيقة فتقبل شهادة بعضهم على بعض كيف ما كان بعد ان يكون الشاهد من أهل دار الاسلام حتى لا تقبل شهادة المستأمن على الذمى لانه ليس من أهل دار الاسلام حقيقة وان كان فيها صورة لانه ما دخل دارنا للسكنى فيها بل ليقضى حوائجه ثم يعود عن قريب فلم يكن من أهل دار الاسلام والذمى من أهل دار الاسلام فاختلفت الداران فلم تقبل شهادة الذمى عليه بالنص الذى روينا وصار حكم المستأمن مع الذمى فى الشهادة كحكم الذمى مع المسلم وشهادة المستأمن تقبل على المستأمن ان اتفقت دارهم وملهم وان اختلفت لا تقبل ومنها عدم التقادم فى الشهادة على الحدود كلها الا حد القذف حتى لا تقبل الشهادة عليها اذا تقادم العهد الا على حد القذف بخلاف الاقرار لما عرف فى كتاب الحدود والله تعالى أعلم ومنها قيام الرائحة فى الشهادة على شرب الخمر اذا لم يكن سكران ولم يحقق انه من مسيره لا يبقى الريح من المجىء به من مثلها عادة عندهما وعند محمد ليس بشرط وهى من مسائل الحدود وتذكر هنالك ان شاء الله تعالى (ومنها) الاصالة فى الشهادة على الحدود والقصاص حتى لا تقبل فيها الشهادة بطريق النيابة وهى الشهادة على الشهادة عندنا كذا لا يقبل فيها كتاب القاضى الى القاضى لانه فى معنى الشهادة على الشهادة وعند الشافعى رحمه الله ليس بشرط حتى تقبل فيها الشهادة على الشهادة وأجمعوا على انها ليست بشرط فى الاموال والحقوق المجردة عنها فتقبل فيها الشهادة على الشهادة وكتاب القاضى الى القاضى الا فى العبد الآبق عند أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف تقبل فيه أيضا على ما نذكر فى كتاب أدب القاضى (وجه) قول الشافعى رحمه الله ان الفروع يؤدون الشهادة نيابة عن الاصول فكانت شهادتهم شهادة الاصول معنى وشهادة الاصول على الحدود والقصاص مقبولة (ولنا) ان الحدود والقصاص مما تدرأ بالشبهات والشهادة على الشهادة لا تخلو عن شبهة ولهذا لا تقبل فيها شهادة النساء لتمكن الشبهة فى شهادتهن بسبب السهو والغفلة بل أولى لان الشبهة هنا تمكنت فى مجلس فكان فيها زيادة ليست فى شهادة الاصول ولان الحدود لما كانت مبنية على الدرء أوجب ذلك اختصاصها بحجج مخصوصة بل ايقاف إقامتها ولهذا شرط عدد الاربعة فى الشهادة على الزنا لان اطلاع أربعة من الرجال الاحرار على غيبوبة ذكره فى فرجها كما يغيب الميل فى المكحلة نادر غاية الندرة ثم نقول الكلام فى الشهادة على الشهادة يقع فى مواضع فى صورة تحمل الشهادة على الشهادة وفى شرائط التحمل وفى صورة أداء الشهادة على الشهادة وفى شرائط الاداء أما صورة التحمل فلها عبارتان مختصرة ومطولة أما اللفظ المختصر فهو ان يقول شاهد الاصل اشهد على شهادتى انى أشهد ان لفلان على فلان كذا أو يقول أشهد ان لفلان على فلان كذا فاشهد على شهادتى بذلك وأما المطول فهو ان يقول شاهد الاصل أشهد ان لفلان على فلان كذا أشهدك على شهادتى هذه وآمرك ان تشهد على شهادتى هذه فاشهد وأما شرائط تحمل هذه الشهادات فما ذكرنا فى عموم الشهادات وأما الذى يختص بها فانواع منها الاشهاد حتى لا يصح التحمل بنفس السماع دون الاشهاد حتى لو قال أشهد ان لفلان على فلان كذا فسمع انسان لكن لم يقل اشهد أنت لم يصح التحمل بخلاف سائر الشهادات انه يصح التحمل فيها بنفس معاينة الفعل وسماع الاقرار والانشاء من غير اشهاد (ووجه) الفرق ان الفروع يشهدون نيابة عن الاصول فلا بد من الانابة منهم وذلك

بالاشهاد بخلاف سائر الشهادات لان تحمل الشاهد فى سائرها بطريق الاحالة بنفسه لا بغيره فيصح التحمل فيها بطريق المعاينة ومنها الاشهاد على شهادته حتى لو قال اشهد بمثل ماشهدت أو كما شهدت أو على ماشهدت لا يصح التحمل مالم يقل على شهادتى لان معنى التحمل والانابة لا يحصل الا بالاشهاد على شهادته ومنها عدد التحمل وهو ان يتحمل من كل واحد من شاهدى الاصل اثنان حتى لو تحمل من أحدهما واحد وتحمل من الآخر واحد لا يصح التحمل لان الشهادة حق ثابت فى ذمة الشاهد والحقوق الثابتة فى الذمم لا ينقلها الى القاضى الا شاهدان ولو تحمل اثنان من أحدهما شهادته ثم تحملا من الآخر شهادته جاز التحمل لانه اجتمع على التحمل من كل واحد منهما شاهدان فاما الذكورة فى تحمل هذه الشهادة فليست بشرط حتى يصح التحمل فيها من النساء (وأما) صورة أداء هذه الشهادة فلها لفظان أيضاً مختصر ومطول فالمختصر ان يقول شهد فلان عندى ان لفلان على فلان كذا وأشهدنى على شهادته بذلك فانا أشهد على شهادته بذلك وأما المطول فهو ان يقول شهد عندى فلان ان لفلان على فلان كذا وأشهدنى على شهادته بذلك وأمرنى ان أشهد على شهادته بذلك وأنا أشهد الآن على شهادته بذلك ولو لم يقل وأمرنى ان أشهد على شهادته بذلك جاز لان معنى التحمل والانابة يتأدى بقوله أشهدنى على شهادته فكان قوله أمرنى بذلك من باب التأكيد وأما شرائطها فما ذكرناه كسائر الشهادات والذى يختص بهذه الشهادة ان يكون المشهود عليه ميتاً أو غائبا مسيرة سفر أو مريضا لا يستطيع يحضر مجلس القضاء لان جواز هذه الشهادة للحاجة والضرورة ولا تتحقق الضرورة الا فى هذه المواضع وأما الذكورة فليست بشرط لاداء هذه الشهادة فتقبل فيها شهادة النساء مع الرجال لقوله تبارك وتعالى فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء فظاهر النص يقتضى ان يكون للنساء مع الرجال شهادة على الاطلاق من غير فصل الا ماقيد بدليل ولان قضية القياس ان لا تشترط الذكورة والاصل فى عموم الشهادات الا ان اشتراط الذكورة فى شهادة الاصول على الحدود والقصاص ثبت بنص خاص وهو حديث الزهرى رحمه الله تمكن شبهة فى شهادتهن ليست فى شهادة الرجال واشتراط الاصالة فى الشهادة لتمكن زيادة شبهة فى شهادة الفروع ليست فى شهادة الاصول وهو الشبهة فى الشهادتين على ماذكرنا فشرط ذلك احتيالا للدرء ماندرئ بالشبهات والاموال والحقوق مما ثبت بالشبهة فبقيت على أصل القياس والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان مايلزم الشاهد بتحمل الشهادة فالذى يلزمه أداء الشهادة لله سبحانه وتعالى فيما سوى أسباب الحدود لقوله تعالى وأقيموا الشهادة لله وقوله عز شأنه كونوا قوامين بالقسط شهداء لله الا ان فى الشهادة القائمة على حقوق العباد وأسبابها لا بد من طلب المشهود له لوجوب الاداء فاذا طلب وجب عليه الاداء حتى لو امتنع بعد الطلب يأثم لقوله تعالى ولا يأب الشهداء اذا مادعوا أى دعوا الاداء الشهادة لان الشهادة أمانة المشهود له فى ذمة الشاهد وقال سبحانه وتعالى وليؤد الذى أوتمن أمانته وقال تعالى جل شأنه ان الله يأمركم ان تؤدوا الامانات الى أهلها وأما فى حقوق الله تبارك وتعالى وفيما سوى أسباب الحدود نحو طلاق امرأة واعتاق عبد والظهار والايلاء ونحوها من أسباب الحرمات تلزمه الاقامة حسبة لله تبارك وتعالى عند الحاجة الى الاقامة من غير طلب من أحد من العباد وأما فى أسباب الحدود من الزنا والسرقة وشرب الخمر والقذف فهو مخير بين ان يشهد حسبة لله تعالى و بين ان يستر لان كل واحد منهما أمر مندوب اليه قال الله تبارك وتعالى وأقيموا الشهادة لله وقال عليه الصلاة والسلام من ستر على مسلم ستر الله عليه فى الدنيا والآخرة وقد ندبه الشرع الى كل واحد منهما ان شاء اختار جهة الحسبة فاقامها لله تعالى وان شاء اختار جهة الستر فيستر على أخيه المسلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان حكم الشهادة فحكمها وجوب القضاء على القاضى لان الشهادة عند استجماع شرائطها مظهرة للحق والقاضى مأمور بالقضاء بالحق قال الله تبارك وتعالى ياداود انا جعلناك خليفة فى الارض فاحكم بين الناس بالحق وثبوت مايترتب عليها من الاحكام

﴿ كتاب الرجوع عن الشهادة ﴾

الكلام في هذا الكتاب في الاصل في موضع واحد وهو بيان حكم الرجوع عن الشهادة فنقول وبالله التوفيق الرجوع عن الشهادة يتعلق به حكمان أحدهما يرجع الى مال الشاهد والثاني يرجع الى نفسه أما الذي يرجع الى ماله فهو وجوب الضمان والكلام فيه في ثلاثة مواضع في بيان سبب وجوب الضمان وفي بيان شرائط الوجوب وفي بيان مقدار الواجب اما الاول فسبب وجوب الضمان في هذا الباب إتلاف المال أو النفس بالشهادة لان الضمان في الشرع انما يجب اما بالالتزام أو بالاتلاف ولم يوجد الالتزام فيتعين الاتلاف فيها سبباً لوجوب الضمان فان وقعت اتلافا انعقدت سبباً لوجوب الضمان والا فلا وعلى هذا يخرج ما إذا شهدا على رجل بالف وقضى القاضي بشهادتهما ثم رجعا انهما يضمنان الالف لانهما لما رجعا عن شهادتهما بعد القضاء تبين ان شهادتهما وقعت سبباً الى الاتلاف في حق المشهود عليه والتسبب الى الاتلاف بمنزلة المباشرة في حق سببية وجوب الضمان كالاكراه على اتلاف المال وحفر البئر على قارعة الطريق ونحوه (فان قيل) لما رجعا عن شهادتهما تبين ان قضاء القاضي لم يصح فتبين ان المدعى أخذ المال بغير حق فلم لا يرده الى المشهود عليه قيل له انه بالرجوع لم يتبين بطلان القضاء لان الشاهد غير مصدق في الرجوع في حق القاضي والمشهود له لوجهين الاول أن الرجوع يحتمل الصدق والكذب والقضاء بالحق للمشهود به نفذ بدليل من حيث الظاهر وهو الشهادة الصادقة عند القاضي فلا ينتقض الثابت ظاهرا بالشك والاحتمال فبقي القضاء ماضيا على الصحة والمدعى في يد المدعى كما كان والثاني أن الشاهد في الرجوع عن شهادته متهم في حق المشهود له لجواز أن المشهود عليه غره بمال أو غيره ليرجع عن شهادته فيظهر كذب المدعى في دعواه فلم يصدق في الرجوع في حق المشهود له للتهمة اذ التهمة كما تمنع قبول الشهادة تمنع صحة الرجوع عن الشهادة فلم يصح الرجوع في حقه فلم ينقض القضاء ولا يسترد المدعى من يده ومعنى التهمة لا يتوهم في المشهود عليه فصح الرجوع في حقه الا أنه لا يمكن اظهار الصحة في نقض القضاء والتوصل الى عين المشهود به فيظهر في التوصل الى بدله رعاية للجوانب كلها واذا رجعا قبل القضاء لا يضمنان لان الشهادة لا تصير حجة الا بالقضاء فلا تقع تسبيبا الى الاتلاف بدونه وعلى هذا اذا شهدا على رجل أنه طلق امرأته فقضى القاضي بشهادتهما ثم رجعا ان كان الطلاق بعد الدخول بان كان الزوج مقرا بالدخول لا ضمان عليهما لانعدام الاتلاف لان المهر يجب بنفس العقد ويتأكد بالدخول لا بشهادتهما فلم تقع شهادتهما اتلافا فلم يجب الضمان وان كان الطلاق قبل الدخول فقضى القاضي بنصف المهر بان كان المهر مسمى أو بالمتعة بان لم يكن المهر مسمى ثم رجعا ضمنا ذلك للزوج لان شهادتهما وان لم توجب على الزوج شيأ من المهر لكنها أكدت الواجب لان الواجب قبل الدخول كان محتملا للسقوط بأن جاءت الفرقة من قبلها وبشهادتهما بالطلاق تأكد الواجب عليه على وجه لا يحتمل السقوط بعده أصلا فصارت شهادتهما مؤكدة للواجب والمؤكد للواجب بمنزلة الواجب في الشرع كالمحرم اذا أخذ صيدا فذبحه رجل في يده يجب الجزاء على الآخذ ويرجع الآخذ بذلك على القاتل لوقوع القتل منه تأكيدا للجزاء الواجب على المحرم اذ لولا ذبحه لاحتمل السقوط بالارسال فهو بالذبح أكد الواجب عليه فنزل المؤكد منه منزلة الواجب كذا هذا وعلى هذا اذا شهدا على رجل أنه أعتق عبدا أو أمة له وهو ينكر فقضى القاضي ثم رجعا يضمنان قيمة العبد أو الامة لمولاه لانهما بشهادتهما أتلفا عليه مالية العبد أو الامة فيضمنان ويكون ولاؤه للمولى لان الاعتاق نفذ عليه والولاء لمن أعتق فان قيل هذا اتلاف بعوض وهو الولاء فلا يوجب الضمان قيل له الولاء لا يصلح عوضا لانه ليس بمال وانما هو من أسباب الارث فكان هذا اتلافا بغير عوض فيوجب الضمان ولو شهدا على اقرار المولى أن هذه الامة ولدت منه وهو منكر فقضى القاضي بذلك ثم رجعا فنقول هذا في الاصل لا يخلو من

أحد وجهين اما أن لم يكن معها ولد واما أن كان معها ولد وكل ذلك لا يخلو اما أن رجعا فى حال حياة المولى واما أن رجعا بعد وفاته اما اذا لم يكن معها ولد ورجعا فى حال حياة المولى يضمنان للمولى نقصان قيمتها فتقوم أمة قنا وتقوم أم ولد لو جاز بيعها فيضمنان النقصان لانهما أتلفا عليه بشهادتهما هذا القدر حال حياته فيضمنانه فاذا مات المولى عتقت الجارية لأنها أم ولده وأم الولد تعتق بموت سيدها ويضمنان بقية قيمتها للورثة لانهما أتلفا بشهادتهما كل الجارية لكن بعضها فى حال الحياة والباقى بعد الوفاة فيضمنان كذلك وان كان معها ولد ورجعا فى حال حياة المولى فانهما يضمنان قيمة الولد لانهما أتلفاه عليه ألا ترى أنه لولا شهادتهما لكان الولد عبد اله فهما بشهادتهما أتلفاه عليه فعليهما الضمان وعليهما ضمان نقصان قيمة الام أيضا لما قلنا فاذا مات المولى بعد ذلك لم يكن مع الولد شريك فى الميراث فلا يضمنان له شيأ ويرجعان على الولد بما قبض الاب منهما لان فى زعم الولد ان رجوعهما باطل وأن ما أخذ الاب منهما أخذه بغير حق فصار مضمونا عليه فيؤدى من تركته ان كانت له تركة وان لم يكن له تركة فلا ضمان على الولد لان من أقر على مورثه بدين وليس للميت تركة لا يؤخذ من مال الوارث وان كان معه أخ فانهما يضمنان للاخ نصف البقية من قيمتها لانهما أتلفا عليه ذلك القدر ويرجعان على الولد بما أخذه الاب منهما لما قلنا ولا يرجعان بما قبض الاخ لان الاخ ظلم عليهما فى زعمهما فليس لهما أن يظلما عليه ولا ضمان للاخ ما أخذ هذا من الميراث لانهما ما أتلفا عليه الميراث لما نذكر ان شاء الله تعالى هذا اذا كان الرجوع فى حال حياة المولى فاما اذا كان بعد وفاته فان لم يكن مع الولد شريك فى الميراث فلا ضمان عليهما لان الولد يكذبهما فى الرجوع وان كان معه شريك فى الميراث فانهما يضمنان للاخ نصف البقية من قيمتها لما قلنا ويضمنان للاخ نصف قيمة الولد لانهما أتلفا عليه نصف الولد ولا يضمنان له ما أخذ هذا الولد من الميراث لما قلنا ولا يرجعان على الولد ههنا لان هذا ظلم للاخ فى زعمهما فليس لهما أن يظلما الولد هذا اذا كانت الشهادة فى حال حياة المولى والرجوع عليه فى حال حياته أو بعد وفاته فاما اذا كانت الشهادة بعد وفاته بأن مات رجل وترك ابنا وعبدا وأمة وتركة فشهد شاهدان أن هذا العبد ولدته هذه الامة من الميت وصدقهما الولد والامة وأنكر الابن فقضى القاضى بذلك وجعل الميراث بينهما ثم رجعا يضمنان قيمة العبد والامة ونصف الميراث للابن فرق بين حال الحياة وبين حال الممات فان هناك لا يضمنان الميراث ووجه الفرق أن الشهادة بالنسب حال الحياة لا تكون شهادة بالمال والميراث لا محالة لانه يجوز فيه التقدم والتأخر فمن الجائز أن يموت الاب أولا فيرثه الابن كما يجوز أن يموت الابن أولا ويرثه الاب فلم تكن الشهادة بالنسب شهادة بالمال والميراث لا محالة فلا تتحقق الشهادة اتلافا للمال فلا يضمنان بخلاف الشهادة بعد الموت فانها شهادة بالمال لا محالة فقد أتلفا عليه نصف الميراث فيضمنان والله سبحانه وتعالى أعلم ولو شهدا أنه دبر عبده فقضى القاضى بذلك ثم رجعا يضمنان للمولى نقصان التدبير فيقوم قنا ويقوم مدبرا فيضمنان النقصان لانهما أتلفا عليه حال حياته بشهادتهما هذا القدر فيضمنانه فاذا مات المولى بعد ذلك عتق العبد كله ان كان يخرج من الثلث ولا سعاية عليه لانه مدبره ويضمنان للورثة بقية قيمته عبدا لانهما أتلفا بشهادتهما بقية ماليته بعد موته لان التدبير اعتاق بعد الموت ولو لم يكن له مال سوى المدبر عتق عليه مجانا لان التدبير وصية فيعتبر بسائر الوصايا ويسعى فى ثلثى قيمته عبدا قنا للورثة لان الوصية فيما زاد على الثلث لا تنفذ من غير اجازة الورثة ويضمن الشاهدان للورثة ثلث قيمته لانهما أتلفا عليه بشهادتهما ثلث العبد هذا اذا كانت السعاية تخرج من ثلث العبد فان كانت لا تخرج بأن كان معسرا فانهما يضمنان جميع قيمته مدبرا ثم يرجعان على العبد بثلثى قيمته اذا أيسر ولو شهدا أنه قال لعبده ان دخلت الدار فانت حر وشهد آخران بالدخول ثم رجعوا فالضمان على شهود اليمين لان العتق ثبت بقوله أنت حر وانما الدخول شرط والحكم يضاف الى العتق لا الى الشرط فكان التلف حاصلا بشهادتهما فكان الضمان عليهما وكذلك اذا شهدا انه قال لامرأته ان دخلت الدار فأنت طالق وشهد آخران بالدخول ثم رجعوا لما قلنا وكذلك لو شهدا على رجل

بالزنا

بالزنا وشهد آخران بالاحصان ثم رجعوا فالضمان على شهود الزنا لا على شهود الاحصان لان الاحصان شرط ولو شهد انه قتل فلانا خطأ وقضى القاضي ثم رجعا ضمنا الدية لانهما اتلفاها عليه وتكون في مالهما لان الشهادة منهما بمنزلة الاقرار منهما بالاتلاف والعاقلة لا تعقل الاقرار كما لو أقر اصريحا ولهذا لو رجعا في حال المرض اعتبر اقرارا بالدين حتى يقدم عليه دين الصحة كما في سائر الاقارير وكذا لو شهدا انه قطع يد فلان خطأ وقضى القاضي ثم رجعا ضمنا دية اليد لما قلنا وكذا لو شهدا عليه بالسرقة فقضى عليه بالقطع فقطعت يده ثم رجعا فقد روى أن شاهدين شهدا عند سيدنا على كرم الله وجهه على رجل بالسرقة فقضى عليه بالقطع فقطعت يده ثم جاء الشاهدان بآخر فقالا أوهمنا أن السارق هذا يا أمير المؤمنين فقال سيدنا على رضى الله عنه لا أصدقكما على هذا وأغرمكما دية يد الاول ولو علمت أنكما تعمدتما لقطعت أيديكما وكان ذلك بمحضر من الصحابة ولم ينكر عليه أحد فكان اجماعا ولو شهدا انه قتل فلانا عمدا فقضى القاضي وقتل ثم رجعا فعليهما الدية عندنا وعند الشافعي رحمه الله عليهما القصاص وعلى هذا الخلاف اذا شهدا انه قطع يد فلان (وجه) قول الشافعي رحمه الله ان شهادتهما وقعت قتلا تسبيبا لانها تفضى الى وجوب القصاص وانه يفضى الى القتل فكانت شهادتهما تسبيبا الى القتل والتسبيب في باب القصاص في معنى المباشرة كالاكراه على القتل (ولنا) أن نسلم أن الشهادة وقعت تسبيبا الى القتل لكن وجوب القصاص يتعلق بالقتل مباشرة لا تسبيبا لان ضمان العدوان الوارد على حق العبد مقيد بالمثل شرعا ولا مماثلة بين القتل مباشرة وبين القتل تسبيبا بخلاف الاكراه على القتل لان القاتل هو المكره مباشرة لكن بيد المكره وهو كالآلة والفعل لمستعمل الآلة لا للآلة على ما عرف على أن ذلك وان كان قتلا تسبيبا فهو مخصوص عن نصوص المماثلة فمن ادعى تخصيص الفرع يحتاج الى الدليل وعلى هذا يخرج ما اذا شهدا على ولى القتيل أنه عفا عن القتل وقضى القاضي ثم رجعا انه لا ضمان عليهما في ظاهر الرواية لانه لم يوجد منهما اتلاف المال ولا النفس لان شهادتهما قامت على العفو عن القصاص والقصاص ليس بمال ألا ترى أنه لو أكره رجلا على العفو عن القصاص فعفا لا يضمن المكره ولو كان القصاص مالا يضمن لان المكره يضمن بالاكراه على اتلاف المال وكذا من وجب له القصاص وهو مريض فعفا ثم مات في مرضه ذلك لا يعتبر من الثلث ولو كان مالا اعتبر من الثلث كما اذا تبرع في مرضه وعن أبي يوسف رحمه الله أنهما يضمنان الدية لولى القتيل لان شهادتهما اتلاف للنفس لان نفس القاتل تصير مملوكة لولى القتيل في حق القصاص فقد اتلفا بشهادتهما على المولى نفسا تساوى ألف دينار أو عشرة آلاف درهم فيضمنان وهذا غير سديد لانا لا نسلم أن نفس القاتل تصير مملوكة لولى القتيل بل الثابت له ملك الفعل لا ملك المحل لان في المحل ما ينافي الملك لما علم في مسائل القصاص فلم تقع شهادتهما اتلاف النفس ولا اتلاف المال فلا يضمنان ولو شهدا أن هذا الغلام ابن هذا الرجل والاب يجحده فقضى القاضي بشهادتهما ثم رجعا لا يبطل النسب ولا ضمان على الشاهدين لانعدام اتلاف المال منهما (وأما) شرائط الوجوب فانواع منها أن يكون الرجوع بعد القضاء فان كان قبله لا يجب الضمان لما ذكرنا أن الركن في وجوب الضمان بالشهادة وقوع الشهادة اتلافا ولا تصير اتلافا الا اذا صارت حجة ولا تصير حجة الا بالقضاء فلا تصير اتلافا الا به (ومنها) مجلس القضاء فلا عبرة بالرجوع عند غير القاضي كما لا عبرة بالشهادة عند غيره حتى لو أقام المدعى عليه البينة على رجوعهما لا تقبل بينته وكذا لا يمين عليهما اذا أنكر الرجوع الا اذا حكيا عند القاضي رجوعهما عند غيره فيعتبر رجوعهما لان ذلك بمنزلة انشاء رجوعهما عند القاضي فكان معتبرا (ومنها) أن يكون المتلف بالشهادة عين مال حتى لو كان منفعة لا يجب الضمان لان الاصل ان المنافع غير مضمونة بالاتلاف عندنا وعلى هذا يخرج ما اذا شهدا أنه تزوج هذه المرأة بالف درهم ومهر مثلها ألفان وهي تنكر فقضى القاضي بالنكاح بالف درهم ثم رجعا لا يضمنان للمرأة شيأ لانهما اتلفا عليها منفعة البضع والمنفعة ليست بعين مال حقيقة وانما يعطى لها حكم الاموال بعارض عقد الاجارة وكذا لو ادعت امرأة على رجل أنه طلقها على ألف درهم والزوج ينكر فشهد شاهدان فقضى القاضي ثم رجعا لم يضمنا للزوج شيأ لانهما بشهادتهما

اتلفا على الزوج المنفعة لا عين المال وعلى هـذا لو ادعى رجل أنه استأجر هذه الدابة من فلان بعشرة دراهم وأجر مثلها
مائة درهم والمؤجر ينكر فشهد شاهدان وقضى القاضي ثم رجعا لا يضمنان للمؤجر شيأ لانهما بشهادتهما اتلفا المنفعة
لا عين المال (ومنها) أن يكون اتلاف المال بغير عوض فان كان بعوض لا يجب الضمان سواء كان العوض عين مال أو
منفعة لها حكم عين المال لان الاتلاف بعوض يكون اتلافا صورة لا معنى وعلى هذا يخرج ما اذا ادعى رجل على رجل
أنه باع عبده منه بألف درهم والمشترى ينكر فشهد شاهدان بذلك وقضى القاضي ثم رجعا انه ينظر ان كانت قيمة العبد
ألفا أو أكثر فلا ضمان عليهما للمشترى لان شهادتهما وقعت اتلافا بعوض فلا يكون اتلافا معنى فلا يوجب الضمان
وان كانت قيمته أقل من ألف يضمنان الزيادة له لوقوع الشهادة اتلافا بقدر الزيادة ولو كانت الدعوى من المشترى
والمسئلة بحالها ان كانت قيمته مثل الثمن المذكور أو أقل لا ضمان على الشاهدين للبائع لما قلنا وان كانت قيمته أكثر
من ألف يضمنان الزيادة للبائع لان شهادتهما وقعت اتلافا بغير الزيادة وعلى هـذا يخرج ما اذا ادعت امرأة على
رجل أنه تزوجها على ألف درهم والرجل ينكر فشهد لها شاهدان بذلك وقضى القاضي بالنكاح بالألف ثم رجعا أنه ينظر
ان كان مهر مثلها ألفا أو أكثر من ذلك لم يضمنا للزوج شيأ وان اتلفا عليه عين المال لانهما اتلفاها بعوض له حكم عين
المال وهو البضع لانه يعتبر مالا حال دخوله فى ملك الزوج بدليل أن الاب يملك أن يزوج من ابنه امرأة ولو لم يعتبر
البضع مالا حال دخوله فى ملك الزوج لما ملك لان الاب لا يملك على ابنه معاوضة مال بما ليس بمال وكذلك
المريض اذا تزوج امرأة على ألف درهم وذلك مهر مثلها لا يعتبر من الثلث بل من جميع المال ولو لم يكن البضع فى حكم
المال فى حال الدخول فى ملك الزوج لاعتبر من الثلث كالتبرع دل ان البضع يعتبر مالا فى حق الزوج حال دخوله فى
ملكه فكان الاتلاف بعوض هو فى حكم عين المال فلا يكون اتلافا معنى وان كان مهر مثلها أقل من ألف درهم
يضمنان الزيادة على مهر المثل للزوج لانهما أتلفا الزيادة عليه من غير عوض أصلا وهذا بخلاف ما اذا ادعى رجل
على امرأة انه طلقها بألف درهم والمرأة تنكر فشهد شاهدان بذلك وقضى القاضي عليها بألف درهم ثم رجعا انهما
يضمنان للمرأة ألف درهم لانهما أتلفا عليها عين المال بغير عوض أصلا لان البضع حال خروجه عن ملك الزوج
لا يعتبر مالا بدليل أن الاب لا يملك أن يخلع من ابنته الصغيرة على مال ولو فعل وأدى من مالها يضمن ولو كان مالا
لملك لانه يملك عليها معاوضة مال بمال وكذلك المريضة اذا اختلعت من نفسها حال مرضها على مال يعتبر من الثلث
كالوصية ولو كان له حكم المال لاعتبر من جميع المال كما فى سائر معاوضات المال بالمال واذا لم يكن له حكم المال
حال الخروج عن ملك الزوج حصلت شهادتهما اتلافا عليهما من عوض أصلا فيجب الضمان وعلى هـذا يخرج
ما اذا ادعى رجل أنه آجر داره من فلان شهرا بعشرة دراهم والمستأجر ينكر فشهد شاهدان بذلك وقضى القاضي
ثم رجعا فان كان فى أول المدة ينظر ان كان أجرة الدار مثل المسمى لا ضمان عليهما للمستأجر ولو أتلفا عليه عين
مال لكن بعوض له حكم عين المال وهو المنفعة لان المنفعة فى باب الاجارة لها حكم عين المال وان كانت أجرة مثلها
أقل من المسمى فانهما يضمنان الزيادة لان التلف بقدر الزيادة حصل بغير عوض أصلا وان كانت الدعوى بعد
مضى مدة الاجارة فعليهما ضمان الاجرة لانهما أتلفا عليه من غير عوض أصلا فكان مضمونا عليهما وعلى هذا يخرج
ما اذا شهد شاهدان على القاتل انه صالح ولى القتيل على مال والقاتل ينكر فقضى القاضي بذلك ثم رجعا انهما لا يضمنان
شيأ للقاتل لانهما أتلفا عليه عين مال بعوض وهو النفس لان النفس تصلح أن تكون عوضا بدليل أن المريض وجب
عليه القصاص فصالح الولى على الدية جاز ولا تعتبر من الثلث بل من جميع المال ولو لم تصلح النفس عوضا لاعتبر من
الثلث دل ان هذا اتلاف بعوض فلا يوجب الضمان الا اذا شهدا على الصلح بأكثر من الدية فيضمنان الزيادة على
الدية للقاتل لان تلف الزيادة حصل بغير عوض ويمكن تخريج هذه المسائل على فصل التسبب لان ما قابله عوض
لا يكون اتلافا معنى فلم يوجد سبب وجوب الضمان فلا يجب فافهم ذلك ويستوى فى وجوب الضمان الرجوع

عن

عن الشهادة والرجوع على الشهادة حتى لو رجعت الفروع وثبت الاصول يجب الضمان على الفروع لوجود الاتلاف منهم لوجود الشهادة منهم حقيقة ولو رجع الاصول وثبت الفروع فلا ضمان على الفروع لانعدام الرجوع منهم وهل يجب الضمان على الاصول قال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله لا يجب وقال محمد يجب (وجه) قوله أن الفروع لا يشهدون بشهادة أنفسهم وانما يفعلون بشهادة الاصول فاذا شهدوا فقد أظهروا شهادتهم فكأنهم حضروا بانفسهم وشهدوا ثم رجعوا (وجه) قولهما أن الشهادة وجدت من الفروع لا من الاصول لعدم الشهادة حقيقة فانهم لم يشهدوا حقيقة وانما شهد الفروع وهم ثابتون على شهادتهم فلم يوجد الاتلاف من الاصول لعدم الشهادة منهم حقيقة فلا يضمنون وعلى هذا اذا رجعوا جميعا فالضمان على الفروع عندهما ولا شئ على الاصول لوجود الشهادة من الفروع حقيقة لا من الاصول وعند المشهود عليه بالخيار ان شاء ضمن الفروع وان شاء ضمن الاصول لوجود الشهادة من الفريقين ولو لم يرجع أحد من الفريقين ولكن الاصول أنكروا الاشهاد فلا ضمان على أحد لانعدام الرجوع عن الشهادة ويستوى فى وجوب ضمان الرجوع رجوع الشهود والمزكين عند أبى حنيفة حتى ان المزكين لو زكوا الشهود فشهدوا وقضى القاضى بشهادتهم ثم رجع المزكون ضمنوا عنده وعندهما رجوع المزكين لا يوجب الضمان وجه قولهما ان رجوع المزكين بمنزلة رجوع شهود الاحصان لان التزكية ليست الا ثناء عن الشهود كالشهادة على الصفات التى هى خصال حميدة ثم الرجوع عن الشهادة على الاحصان لا يوجب الضمان كذا هذا ولابى حنيفة أن التزكية فى معنى الشهادة فى وجوب الضمان لان الرجوع عن الشهادة انما يوجب الضمان لوقوعه اتلافا وانما يصير اتلافا بالتزكية ألا ترى أنه لولا التزكية لما وجب القضاء فكانت الشهادة عاملة بالتزكية فكانت التزكية فى معنى علة العلة فكانت اتلافا بخلاف الشهادة على الاحصان لان الاحصان شرط كون الزنا علة والحكم للعلة لا للشرط وأما بيان مقدار الواجب من الضمان فالاصل أن مقدار الواجب منه على قدر الاتلاف لان سبب الوجوب هو الاتلاف والحكم يتقدر بقدر العلة والعبرة فيه لبقاء من بقى من الشهود بعد رجوع من رجع منهم فان بقى منهم بعد الرجوع من يحفظ الحق كله فلا ضمان على أحد لانعدام الاتلاف أصلا من أحد وان بقى منهم من يحفظ بعض الحق وجب على الراجعين ضمان قدر التالف بالحصص فنقول بيان هذه الجملة اذا شهد رجلان بمال ثم رجع أحدهما عليه نصف المال لان النصف محفوظ بشهادة الباقى ولو كانت الشهود أربعة فرجع واحد منهم لا ضمان عليه وكذا اذا رجع اثنان لان الاثنين يحفظان المال ولو رجع منهم ثلاثة فعليهم نصف المال لان النصف عندنا بشهادة شاهد واحد ولو شهد رجل وامرأتان بمال ثم رجع الرجل غرم نصف المال لان النصف بقى بثبات المرأتين ولو رجعت المرأتان غرمتا نصف المال بينهما نصفين لبقاء النصف بثبات الرجل ولو رجع رجل وامرأة فعليهما ثلاثة ارباع المال نصفه على الرجل وربعه على المرأة لان الباقى ببقاء امرأة واحدة الربع فكان التالف بشهادة الرجل والمرأة ثلاثة الارباع والرجل ضعف المرأة فكان عليها الربع وعلى الرجل النصف ولو رجعوا جميعا فنصف المال على الرجل والنصف على المرأتين بينهما نصفان ولو شهد رجلان وامرأة ثم رجعوا فالضمان على الرجلين ولا شئ على المرأة لان المرأة الواحدة فى الشهادة وجودها وعدمها بمنزلة واحدة لان القاضى لا يقضى بشهادتها ولو شهد رجلان وامرأتان ثم رجعت المرأتان فلا ضمان عليهما لان الحق يبقى محفوظا بالرجلين ولو رجع الرجلان يضمنان نصف المال لان المرأتين يحفظان النصف ولو رجع رجل واحد لا شىء عليه لان رجلا وامرأتين يحفظون جميع المال ولو رجع رجل وامرأة فعليهما ربع المال بينهما اثلاثا ثلثاه على الرجل وثلثه على المرأة لانه بقى ثلاثة الارباع ببقاء رجل وامرأتين فكان التالف بشهادة رجل وامرأة الربع والرجل ضعف المرأة فكان بينهم اثلاثا ولو رجعوا جميعا فالضمان بينهم اثلاث أيضا ثلثاه على الرجلين وثلثه على المرأتين لما ذكرنا أن الرجل ضعف المرأة فكان التالف بشهادته ضعف ما تلف بشهادتها ولو شهد رجل وعشرة

نسوة ثم رجعوا جميعا فالضمان بينهم أسداس سدسه على الرجل وخمسة أسداسه على النسوة وهذا قول أبى حنيفة فاما
عندهما فالضمان بينهم نصفان نصفه على الرجل ونصفه على النسوة وجه قولهما أن النساء وأن كثرن فلهن شطر
الشهادة لا غير فكان التالف بشهادتهن نصف المال والنصف بشهادة الرجل فكان الضمان بينهم انصافا ولابى
حنيفة أن كل امرأتين بمنزلة رجل واحد فى الشهادة فكان قسمة الضمان بينهم أسداسا ولو رجع الرجل وحده
ضمن نصف المال لان النصف محفوظ بشهادة النساء وكذا لو رجعت النسوة غرمن نصف المال لان النصف
محفوظ بشهادة الرجل هذان الفصلان يؤيدان قولهما فى الظاهر ولو رجع ثمان نسوة فلا ضمان عليهن لان الحق
بقى محفوظا برجل وامرأتين ولو رجعت امرأة بعد ذلك فعليها وعلى الثمان ربع المال لانه بقى بثبات رجل وامرأة
ثلاثة ارباع المال فكان التالف بشهادتهن الربع ولو رجع رجل وامرأة فعليهما نصف المال اثلاثا ثلثاه على الرجل
والثلث على المرأة لان تسع نسوة يحفظن المال فكان التالف بشهادة رجل وامرأة النصف والرجل ضعف المرأة
فكان بينهما اثلاثا ولو شهد رجل وثلاث نسوة ثم رجع الرجل وامرأة فعلى الرجل نصف المال ولا شىء على
المرأة فى قياس قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله وفى قياس قول أبى حنيفة رضى الله عنه نصف المال يكون عليهما
أثلاثا ثلثاه على الرجل وثلثه على المرأة ولو رجعوا جميعا فالضمان بينهم اخماس عند أبى حنيفة خمساه على الرجل وثلاثة
اخماسه على النسوة لان الرجل ضعف المرأة وعندهما نصف الضمان على الرجل ونصفه على المرأة لما ذكرنا أن لهن
شطر الشهادة وان كثرن فكان التالف بشهادة كل نوع نصف المال والله سبحانه وتعالى أعلم وعلى هذا يخرج
ما اذا شهد شاهدان انه طلق امرأته ثلاثا والزوج ينكر وشهد شاهدان بالدخول فقضى القاضى بشهادتهم ثم رجعوا
فالضمان عليهم أرباع على شاهدى الطلاق الربع لان شاهدى الدخول شهدا بكل المهر لان كل المهر يتأكد
بالدخول والمؤكد حكم الموجب على ما مر وشاهدى الطلاق شهدا بالنصف لان نصف المهر يتأكد بالطلاق
على ما ذكرنا والمؤكد للواجب فى معنى الواجب فشاهد الدخول انفرد بنصف المهر والنصف الآخر اشترك فيه
الشهود كلهم فكان نصف النصف وهو الربع على شاهدى الطلاق وثلاثة الارباع على شاهدى الدخول فاما الذى
يرجع الى نفسه فنوعان أحدهما وجوب الحد لكن فى شهادة مخصوصة وهى الشهادة القائمة على الزنا وجملة الكلام
فيه ان الرجوع عن الشهادة بالزنا اما أن يكون من جميع الشهود واما أن يكون من بعضهم دون بعض فان رجعوا جميعا
يحدون حد القذف سواء رجعوا بعد القضاء أو قبل القضاء أما قبل القضاء فلان كلامهم قبل القضاء انعقد قذفا
لا شهادة الا أنه لا يقام الحد عليهم للحال لاحتمال أن يصير شهادة بقرينة القضاء فاذا رجعوا فقد زال الاحتمال فبقى
قذفا فيوجب الحد بالنص وأما بعد القضاء فلان كلامهم وان صار شهادة باتصال القضاء به فقد انقلب قذفا بالرجوع
فصاروا بالرجوع قذفة فيحدون ولو رجعوا بعد القضاء والامضاء فلا خلاف فى انهم يحدون اذا كان الحد جلدا وان
كان رجما فكذلك عند أصحابنا الثلاثة وقال زفر رحمه الله لا حد عليهم وجه قوله انهم لما رجعوا بعد الاستيفاء تبين أن
كلامهم وقع قذفا من حين وجوده فصار كما لو قذفوا صريحا ثم مات المقذوف وحد القذف لا يورث بلا خلاف
بين أصحابنا فيسقط (ولنا) أن بالرجوع لا يظهر أن كلامهم كان قذفا من حين وجوده وانما يصير قذفا وقت الرجوع
والمقذوف وقت الرجوع ميت فصار قذفا بعد الموت فيجب الحد هذا حكم الحد واما حكم الضمان فاما قبل الامضاء
لا ضمان أصلا لعدم الاتلاف أصلا وأما بعد الامضاء فان كان الحد رجما ضمنوا الدية بلا خلاف لوقوع شهادتهم
اتلافا أو اقرارا بالاتلاف وان كان الحد جلدا فليس عليهم ارش الجلدات اذا لم يمت منها ولا الدية ان مات منها عند أبى
حنيفة رحمه الله وعندهما يضمنون وجه قولهما أن شهادتهم وقعت اتلافا بطريق التسبيب لانها تفضى الى القضاء
والقضاء يفضى الى اقامة الجلدات وانها تفضى الى التلف فكان التلف بهذه الوسائط مضافا الى الشهادة فكانت
اتلافا تسبيبا ولهذا لو شهدوا بالقصاص أو بالمال ثم رجعوا وجبت عليهم الدية والضمان كذا هذا ولأبى حنيفة عليه

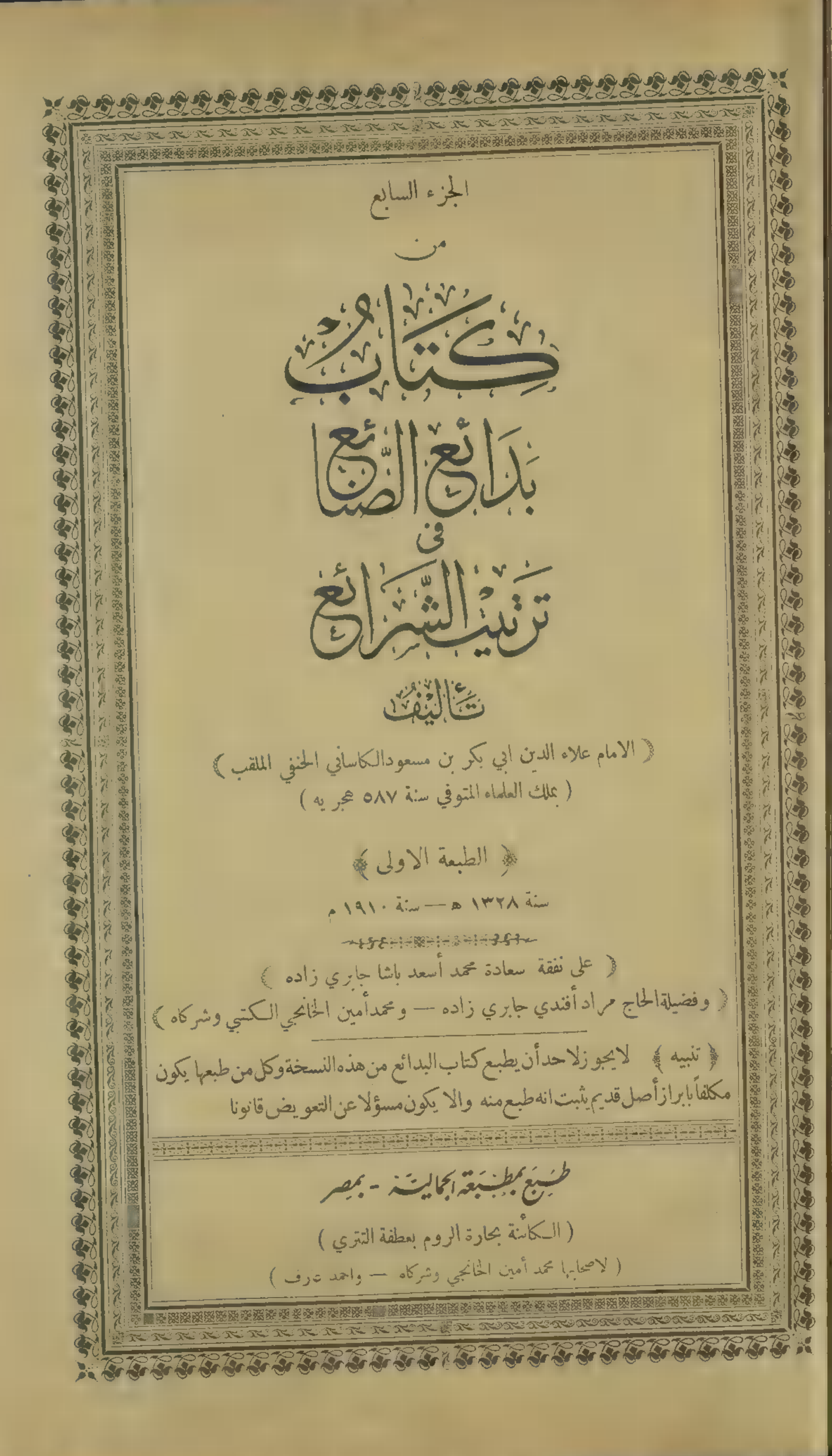
الرحمة أن الاثر حصل مضافا الى الضرب دون الشهادتين لوجهين أحدهما أن الشهود لم يشهدوا على ضرب جارح لان الضرب الجارح غير مستحق فى الجلد فلا يكون الجرح مضافا الى شهادتهم والثانى أن الضرب مباشرة الاتلاف والشهادة تسبيب اليه واضافة الاثر الى المباشرة أولى من اضافته الى التسبيب الا انه لا ضمان على بيت المال لان هذا ليس خطأ من القاضى ليكون عطاؤه فى بيت المال لنوع تقصير منه ولا تقصير من جهته ههنا فلا شئ على بيت المال هذا اذا رجعوا جميعا فأما اذا رجع واحد منهم فان كان قبل القضاء يحدون جميعا عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر يحد الراجع خاصة وجه قوله ان كلامهم وقع شهادة قذفا لكمال نصاب الشهادة وهو عدد الاربعة وانما ينقلب قذفا بالرجوع ولم يوجد الا من أحدهم فينقلب كلامه قذفا خاصة بخلاف ما اذا شهد ثلاثة بالزنا انهم يحدون لان هنالك نصاب الشهادة لم يكمل فوقع كلامهم من الابتداء قذفا (ولنا) ان كلامهم لا يصير شهادة الا بقرينة القضاء ألا ترى انها لا تصير حجة الا به فقبله يكون قذفا لا شهادة فكان ينبغى أن يقام الحد عليهم بالنص لوجود الرمى منهم الا انه لا يقام لاحتمال ان يصير شهادة بقرينة القضاء ولئلا يؤدى الى سد باب الشهادة فاذا رجع أحدهم زال هذا المعنى فبقى كلامهم قذفا فيحدون وصار كما لو كان الشهود من الابتداء ثلاثة فانهم يحدون لوقوع كلامهم قذفا كذا هذا وان كان بعد القضاء قبل الامضاء فانهم يحدون جميعا عندهما وعند محمد الراجع خاصة وجه قوله أن كلامهم وقع شهادة لاتصال القضاء به فلا ينقلب قذفا الا بالرجوع ولم يرجع الا واحد منهم فينقلب كلامه خاصة قذفا فلم يصح رجوعه فى حق الباقين فبقى كلامهم شهادة فلا يحدون ولهما أن الامضاء فى باب الحدود من القضاء بدليل ان عمى الشهود أو ردتهم قبل القضاء كما يمنع من القضاء فبعده يمنع من الامضاء فكان رجوعه قبل الامضاء بمنزلة رجوعه قبل القضاء ولو رجع قبل القضاء يحدون جميعا بلا خلاف بين أصحابنا الثلاثة كذا اذا رجع بعد القضاء قبل الامضاء وان كان بعد الامضاء فان كان الحد جلداً يحد الراجع خاصة بالاجماع لان رجوعه صحيح فى حقه خاصة لا فى حق الباقين فانقلبت شهادته خاصة قذفاً فيحد خاصة وان كان الحد رجماً ومات المقذوف يحد الراجع عند أصحابنا خلافا لزفر وقد مرت المسئلة هذا حكم الحد فأما حكم الضمان فلا ضمان اذا كان رجوعه قبل القضاء أو بعده قبل الامضاء لما قلنا وأما بعد الامضاء فان كان الحد جلداً فلا شئ على الراجع من ارش السياط ولا من الدية ان مات عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما يجب وان كان رجماً غرم الراجع ربع الدية لان الثلاثة يحفظون ثلاثة ارباع الدية فكان التالف بشهادته الربع هذا اذا كان شهود الزنا أربعة فأما اذا كانوا خمسة فرجع واحد منهم فان القاضى يقيم الحد على المشهود عليه بما بقى من الشهود لان الاربعة نصاب تام يحفظون الحد على المشهود عليه وان أمضى الحد ثم رجع اثنان ضمنا ربع الدية ان مات المرجوم لان الثلاثة قاموا بثلاثة أرباع الحق فكان التالف بشهادتهما الربع فيضمنانه وان لم يمت فليس عليهما أرش للضرب عند أبى حنيفة وعندهما يجب وقد تقدمت المسئلة والثانى وجوب التعزير فى عموم الشهادات سوى الشهادة على الزنا بأن تعمد شهادة الزور وظهر عند القاضى باقراره لان قول الزور جناية ليس فيها فيما سوى القذف حد مقدر فتوجب التعزير بلا خلاف بين أصحابنا وانما اختلفوا فى كيفية التعزير قال أبو حنيفة عليه الرحمة تعزيره تشهير فينادى عليه فى سوقه أو مسجد حيه ويحذر الناس منه فيقال هذا شاهد الزور فاحذروه وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يضم اليه ضرب أسواط هذا اذا تاب فأما اذا لم يتب وأصر على ذلك بأن قال انى شهدت بالزور وأنا على ذلك قائم فانه يعزر بالضرب بالاجماع احتجا بما روى عن سيدنا عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه ضرب شاهد الزور وسخم وجهه ولان قول الزور من أكبر الكبائر وليس اليه فيما سوى القذف بالزنا حد مقدر فيحتاج الى أبلغ الزواجر ولابى حنيفة رحمه الله ما روى ان شريحا كان يشهر شاهد الزور ولا يعزره وكان لا تخفى قضاياه على أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم رضوان الله تعالى عليهم ولم ينقل انه أنكر عليه منكر ولان الكلام فيمن أقرانه

شهد بزور نادما على مافعل لامصراً عليه والندم توبة على لسان رسول الله
صلى الله عليه وسلم والتائب لا يستوجب الضرب حتى لو كان
مصراً على ذلك يضرب وفعل سيدنا عمر رضى الله عنه
محمول عليه توفيقا بين الدلائل والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ تم الجزء السادس و يليه الجزء السابع وأوله كتاب آداب القاضى ﴾

(فهرست الجزء السادس من كتاب بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع)

﴿ تمت ﴾



الجزء السابع

من

كتاب بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع

تأليف

﴿ الامام علاء الدين ابي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي الملقب ﴾
(بملك العلماء المتوفي سنة ٥٨٧ هجريه)

﴿ الطبعة الاولى ﴾

سنة ١٣٢٨ هـ — سنة ١٩١٠ م

﴿ على نفقة سعادة محمد أسعد باشا جابري زاده ﴾
﴿ وفضيلة الحاج مراد أفندي جابري زاده — ومحمد أمين الخانجي الكتبي وشركاه ﴾

طبع بمطبعة الجمالية - بمصر

(الكائنة بحارة الروم بعطفة التتري)

(لاصحابها محمد أمين الخانجي وشركاه — واحمد عارف)



كتاب آداب القاضى

الكلام فى هذا الكتاب فى مواضع فى بيان فرضية نصب القاضى وفى بيان من يصلح للقضاء وفى بيان من يفترض عليه قبول تقليد القضاء وفى بيان شرائط جواز القضاء وفى بيان آداب القضاء وفى بيان ماينفذ من القضايا وما ينقض منها اذا رفع الى قاض آخر وفى بيان مايحله القاضى ومالا يحله وفى بيان حكم خطأ القاضى فى القضاء وفى بيان مايخرج به القاضى عن القضاء (أما) الاول فنصب القاضى فرض لانه ينصب لاقامة أمر مفروض وهو القضاء قال الله سبحانه وتعالى ياداود انا جعلناك خليفة فى الارض فاحكم بين الناس بالحق وقال تبارك وتعالى لنبينا المكرم عليه أفضل الصلاة والسلام فاحكم بينهم بما أنزل الله والقضاء هو الحكم بين الناس بالحق والحكم بما أنزل الله عز وجل فكان نصب القاضى لاقامة الفرض فكان فرضا ضرورة ولان نصب الامام الاعظم فرض بلا خلاف بين أهل الحق ولا عبرة بخلاف بعض القدرية لاجماع الصحابة رضى الله عنهم على ذلك ولمساس الحاجة اليه لتقيد الاحكام وانصاف المظلوم من الظالم وقطع المنازعات التى هى مادة الفساد وغير ذلك من المصالح التى لاتقوم الا بامام لما علم فى أصول الكلام ومعلوم انه لايمكنه القيام بما نصب له بنفسه فيحتاج الى نائب يقوم مقامه فى ذلك وهو القاضى ولهذا كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يبعث الى الآفاق قضاة فبعث سيدنا معاذا رضى الله عنه الى اليمن وبعث عتاب بن أسيد الى مكة فكان نصب القاضى من ضرورات نصب الامام فكان فرضا وقد سماه محمد فريضة محكمة لانه لايحتمل النسخ لكونه من الاحكام التى عرف وجوبها بالعقل والحكم العقلى لايحتمل الانتساخ والله تعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان من يصلح للقضاء فنقول الصلاحية للقضاء لها شرائط (منها) العقل (ومنها) البلوغ (ومنها) الاسلام (ومنها) الحرية (ومنها) البصر (ومنها) النطق (ومنها) السلامة عن حد القذف لما قلنا فى الشهادة فلا يجوز تقليد المجنون والصبي والكافر والعبد والاعمى والاخرس والمحدود فى القذف لان القضاء من باب الولاية بل هو أعظم الولايات وهؤلاء ليست لهم أهلية أدنى الولايات وهى الشهادة فلان لا يكون لهم أهلية أعلاها أولى وأما الذكورة فليست من شرط جواز التقليد فى الجملة لان المرأة من أهل الشهادات فى الجملة الا أنها لا تقضى بالحدود والقصاص لانه لا شهادة لها فى ذلك وأهلية القضاء تدور مع أهلية الشهادة (وأما) العلم بالحلال والحرام وسائر الاحكام فهل هو شرط جواز التقليد عندنا ليس بشرط الجواز بل شرط الندب والاستحباب وعند أصحاب الحديث كونه عالما بالحلال والحرام وسائر الاحكام مع بلوغ درجة الاجتهاد فى ذلك شرط جواز التقليد كما قالوا فى الامام الاعظم وعندنا هذا ليس بشرط الجواز فى الامام الاعظم لانه يمكنه أن يقضى بعلم غيره بالرجوع الى فتوى غيره من العلماء فكذا فى القاضى لكن مع هذا لا ينبغى أن يقلد الجاهل بالاحكام لان الجاهل بنفسه ما يفسد أكثر مما يصلح بل يقضى بالباطل من حيث لا يشعر به وقد روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال القضاة ثلاثة قاض فى الجنة وقاضيان فى النار رجل علم علما فقضى بما علم فهو فى الجنة ورجل علم علما فقضى بغير ما علم فهو فى النار ورجل جهل فقضى بالجهل فهو فى النار الا أنه لو قلد جاز عندنا لانه يقدر على القضاء بالحق بعلم غيره بالاستفتاء من الفقهاء فكان تقليده جائزا فى نفسه فاسدا لمعنى فى غيره والفاسد لمعنى فى غيره يصلح للحكم عندنا مثل الجائز حتى ينفذ قضاياه التى لم يجاوز فيها حد الشرع وهو كالبيع الفاسد انه مثل الجائز عندنا فى حق الحكم كذا هذا وكذا العدالة عندنا ليست بشرط لجواز التقليد لكنها شرط الكمال فيجوز تقليد الفاسق وتنفذ قضاياه اذا لم يجاوز فيها حد الشرع وعند الشافعى رحمه الله شرط الجواز فلا يصلح الفاسق قاضيا عنده بناء على أن الفاسق ليس من أهل الشهادة عنده فلا يكون من أهل القضاء وعندنا هو من أهل الشهادة فيكون من أهل القضاء لكن لا ينبغى أن يقلد الفاسق لان القضاء أمانة عظيمة وهى أمانة الاموال والابضاع والنفوس فلا يقوم بوفائها الا من كمل ورعه وتم تقواه الا أنه مع هذا لو قلد جاز التقليد فى نفسه وصار قاضيا لان الفساد لمعنى فى غيره فلا يمنع جواز تقليد القضاء فى نفسه لما مر (وأما) ترك الطلب فليس بشرط لجواز التقليد بالاجماع فيجوز تقليد الطالب بلا خلاف لانه يقدر على القضاء بالحق لكن لا ينبغى أن يقلد لان الطالب يكون متهما وروى عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال انا لا نولى أمرنا هذا من كان له طالبا وعنه عليه الصلاة والسلام أنه قال من سأل القضاء وكل الى نفسه ومن أجبر عليه نزل عليه ملك يسدده وهذا اشارة الى أن الطالب لا يوفق لاصابة الحق والمجبر عليه يوفق وأما شرائط الفضيلة والكمال فهو أن يكون القاضى عالما بالحلال والحرام وسائر الاحكام قد بلغ فى علمه ذلك حد الاجتهاد عالما بمعاشرة الناس ومعاملتهم عدلا ورعا عفيفا عن التهمة صائن النفس عن الطمع لان القضاء هو الحكم بين الناس بالحق فاذا كان المقلد بهذه الصفات فالظاهر انه لا يقضى الا بالحق ثم ما ذكرنا أنه شرط جواز التقليد فهو شرط جواز التحكيم لان التحكيم مشروع قال الله تعالى عز شأنه فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها فكان الحكم من الحكمين بمنزلة حكم القاضى المقلد الا انهما يفترقان فى أشياء مخصوصة (منها) أن الحكم فى الحدود والقصاص لا يصح (ومنها) أنه ليس بلازم ما لم يتصل به الحكم حتى لو رجع أحد المتحاكمين قبل الحكم يصح رجوعه واذا حكم صار لازما (ومنها) أنه اذا حكم فى فصل مجتهد فيه ثم رفع حكمه الى القاضى ورأيه يخالف رأى الحاكم المحكم له أن يفسخ حكمه والفرق بين هذه الجملة يعرف فى موضعه ان شاء الله تعالى

﴿فصل﴾ وأما بيان من يفترض عليه قبول تقليد القضاء فنقول اذا عرض القضاء على من يصلح له من أهل البلد ينظر ان كان فى البلد عدد يصلحون للقضاء لا يفترض عليه القبول بل هو فى سعة من القبول والترك (اما) جواز القبول فلان الانبياء والمرسلين صلوات الله عليهم أجمعين قضوا بين الامم بانفسهم وقلدوا غيرهم وأمروا بذلك فقد بعث

رسول الله صلى الله عليه وسلم معاذا رضى الله عنه الى اليمن قاضيا و بعث عتاب بن أسيد رضى الله عنه الى مكة قاضيا
وقلد النبي عليه الصلاة والسلام كثيرا من أصحابه رضى الله تعالى عنهم الاعمال و بعثهم اليها وكذا الخلفاء الراشدون
قضوا بأنفسهم وقلدوا غيرهم فقلد سيدنا عمر رضى الله عنه شريحا القضاء وقرره سيدنا عثمان وسيدنا على رضى الله
عنهما (وأما) جواز الترك فلما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال لابى ذر رضى الله عنه اياك والامارة
وروى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال لا تتأمرن على اثنين وروى أن أبا حنيفة رضى الله عنه عرض عليه القضاء
فأبى حتى ضرب على ذلك ولم يقبل وكذا لم يقبله كثير من صالحى الامة وهذا معنى ماذكر فى الكتاب دخل فيه قوم
صالحون وترك الدخول فيه قوم صالحون ثم اذا جاز الترك والقبول فى هذا الوجه اختلفوا فى أن القبول أفضل أم الترك
قال بعضهم الترك أفضل وقال بعضهم القبول أفضل احتج الفريق الاول بما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام
انه قال من جعل على القضاء فقد ذبح بغير سكين وهذا يجرى مجرى الزجر عن تقلد القضاء احتج الفريق الآخر
بصنع الانبياء والمرسلين صلوات الله عليهم أجمعين وصنع الخلفاء الراشدين لان لنا فيهم قدوة ولان القضاء بالحق
اذا أراد به وجه الله سبحانه وتعالى يكون عبادة خالصة بل هو من أفضل العبادات قال النبي المكرم عليه أفضل
التحية عدل ساعة خير من عبادة ستين سنة والحديث محمول على القاضى الجاهل أو العالم الفاسق أو الطالب الذى
لا يأمن على نفسه الرشوة فيخاف أن يميل اليها توفيقا بين الدلائل هذا اذا كان فى البلد عدد يصلحون للقضاء فأما
اذا كان لم يصلح له الا رجل واحد فانه يفترض عليه القبول اذا عرض عليه لانه اذا لم يصلح له غيره تعين هو لاقامة هذه
العبادة فصار فرض عين عليه الا أنه لا بد من التقليد فاذا قلد افترض عليه القبول على وجه لو امتنع من القبول يأثم كما فى
سائر فروض الاعيان والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما شرائط القضاء فأنواع بعضها يرجع الى القاضى و بعضها يرجع الى نفس القضاء و بعضها يرجع
الى المقضى له و بعضها يرجع الى المقضى عليه (أما) الذى يرجع الى القاضى فما ذكرنا من شرائط جواز تقليد القضاء
لان من لا يصلح قاضيا لا يجوز قضاؤه ضرورة (وأما) الذى يرجع الى نفس القضاء فأنواع منها أن يكون بحق وهو
الثابت عند الله عز وجل من حكم الحادثة اما قطعا بأن قام عليه دليل قطعى وهو النص المفسر من الكتاب الكريم أو
الخبر المشهور والمتواتر والاجماع واما ظاهرا بأن قام عليه دليل ظاهر يوجب علم غالب الرأى وأكثر الظن من ظواهر
الكتاب الكريم والمتواتر والمشهور وخبر الواحد والقياس الشرعى وذلك فى المسائل الاجتهادية التى اختلف فيها
الفقهاء رحمهم الله والتى لا رواية فى جوابها عن السلف بأن لم تكن واقعة حتى لو قضى بما قام الدليل القطعى على خلافه لم
يجز لانه قضاء بالباطل قطعا وكذا لو قضى فى موضع الخلاف بما كان خارجا عن أقاويل الفقهاء كلهم لم يجز لان الحق لا
يعدو أقاويلهم فالقضاء بما هو خارج عنها كلها يكون قضاء باطلا قطعا وكذا لو قضى بالاجتهاد فيما فيه نص ظاهر
يخالفه من الكتاب الكريم والسنة لم يجز قضاؤه لان القياس فى مقابلة النص باطل سواء كان النص قطعيا أو ظاهرا وأما
فيما لا نص فيه يخالفه ولا اجماع النقول لا يخلو (اما) ان كان القاضى من اهل الاجتهاد (واما) ان لم يكن من أهل الاجتهاد
فان كان من أهل الاجتهاد وأفضى رأيه الى شئ يجب عليه العمل به وان خالف رأى غيره ممن هو من أهل الاجتهاد
والرأى ولا يجوز له أن يتبع رأى غيره لان ما أدى اليه اجتهاده هو الحق عند الله عز وجل ظاهرا فكان غيره باطلا
ظاهرا لان الحق فى المجتهدات واحد والمجتهد يخطئ و يصيب عند أهل السنة والجماعة فى العقليات والشرعيات جميعا
ولو أفضى رأيه الى شئ وهناك مجتهد آخر افقه منه له رأى آخر فأراد أن يعمل برأيه من غير النظر فيه وترجح رأيه بكونه
افقه منه هل يسعه ذلك ذكر فى كتاب الحدود أن عند أبى حنيفة يسعه ذلك وعندهما لا يسعه الا أن يعمل برأى نفسه
وذكر فى بعض الروايات هذا الاختلاف على العكس فقال على قول أبى حنيفة لا يسعه وعلى قولهما يسعه وهذا يرجع
الى أن كون أحد المجتهدين أفقه من غير النظر فى رأيه هل يصلح مرجحا من قال يصلح مرجحا قال يسعه ومن قال

لا يصلح قال يسعه (وجه) قول من لا يرى الترجيح بكونه أفقه أن الترجيح يكون بالدليل وكونه أفقه ليس من جنس الدليل فلا يقع به الترجيح وهذا لا يصلح دليل الحكم بنفسه (وجه) قول من يرى به الترجيح أن هذا من جنس الدليل لان كونه أفقه يدل على أن اجتهاده اقرار الى الصواب فكان من جنس الدليل فيصلح للترجيح ان لم يصلح دليل الحكم بنفسه وأبدا يكون الترجيح بما لا يصلح دليل الحكم بنفسه ولهذا قيل فى حده زيادة لا يسقط بها التعارض حقيقة لما علم فى أصول الفقه ولهذا أوجب أبو حنيفة رحمه الله تقليد الصحابة الكرام رضى الله تعالى عنهم ورجحه على القياس لما أن قوله أقرب الى اصابة الحق من قول القائس كذا هذا وان أشكل عليه حكم الحادثة استعمل رأيه فى ذلك وعمل به والافضل أن يشاور أهل الفقه فى ذلك فان اختلفوا فى حكم الحادثة نظر فى ذلك فأخذ بما يؤدى الى الحق ظاهرا وان اتفقوا على رأى يخالف رأيه عمل برأى نفسه أيضاً لان المجتهد مأمور بالعمل بما يؤدى اليه اجتهاده فحرم عليه تقليد غيره لكن لا ينبغى أن يعجل بالقضاء مالم يقض حق التأمل والاجتهاد وينكشف له وجه الحق فاذا ظهر له الحق باجتهاده قضى بما يؤدى اليه اجتهاده ولا يكونن خائفاً فى اجتهاده بعد ما بذل مجهوده لاصابة الحق فلا يقولن انى أرى وانى أخاف لان الخوف والشك والظن يمنع من اصابة الحق ويمنع من الاجتهاد فينبغى أن يكون جريئا جسوراً على الاجتهاد بعد ان لم يقصر فى طلب الحق حتى لو قضى مجازفا لم يصح قضاؤه فيما بينه و بين الله سبحانه وتعالى وان كان من أهل الاجتهاد الا انه اذا كان لا يدرى حاله يحمل على أنه قضى برأيه ويحكم بالصحة حملا لامر المسلم على الصحة والسداد ما أمكن والله سبحانه وتعالى أعلم هذا اذا كان القاضى من أهل الاجتهاد فاما اذا لم يكن من أهل الاجتهاد فان عرف أقاويل أصحابنا وحفظها على الاختلاف والاتفاق عمل بقول من يعتقد قوله حقا على التقليد وان لم يحفظ أقاويلهم عمل بفتوى أهل الفقه فى بلده من أصحابنا وان لم يكن فى البلد الا فقيه واحد من أصحابنا من قال يسعه أن يأخذ بقوله ونرجو أن لا يكون عليه شئ لانه اذا لم يكن من أهل الاجتهاد بنفسه وليس هناك سواه من أهل الفقه مست الضرورة الى الاخذ بقوله قال الله تبارك وتعالى فاسألوا أهل الذكر ان كنتم لا تعلمون ولو قضى بمذهب خصمه وهو يعلم ذلك لا ينفذ قضاؤه لانه قضى بما هو باطل عنده فى اعتقاده فلا ينفذ كما لو كان مجتهدا فترك رأى نفسه وقضى برأى مجتهد يرى رأيه باطلا فانه لا ينفذ قضاؤه لانه قضى بما هو باطل فى اجتهاده كذا هذا ولو نسى القاضى مذهبه فقضى بشئ على ظن أنه مذهب نفسه ثم تبين أنه مذهب خصمه ذكر فى شرح الطحاوى أن له أن يبطله ولم يذكر الخلاف لانه اذا لم يكن مجتهدا تبين أنه قضى بما لا يعتقده حقا فتبين انه وقع باطلا كما لو قضى وهو يعلم أن ذلك مذهب خصمه وذكر فى أدب القاضى انه يصح قضاؤه عند أبى حنيفة وعندهما لا يصح لهما أن القاضى مقصر لانه يمكنه حفظ مذهب نفسه واذا لم يحفظ فقد قصر والمقصر غير معذور ولابى حنيفة ان النسيان غالب خصوصا عند تزاحم الحوادث فكان معذورا هذا اذا لم يكن القاضى من أهل الاجتهاد فاما اذا كان من أهل الاجتهاد ينبغى أن يصح قضاؤه فى الحكم بالاجماع ولا يكون لقاض آخر ان يبطله لانه لا يصدق على النسيان بل يحمل على انه اجتهد فادى اجتهاده الى مذهب خصمه فقضى به فيكون قضاؤه باجتهاده فيصح وان قضى فى حادثة وهى محل الاجتهاد برأيه ثم رفعت اليه ثانياً فتحول رأيه يعمل بالرأى الثانى ولا يوجب هذا نقض الحكم بالرأى الاول لان القضاء بالرأى الاول قضاء مجمع على جوازه لاتفاق أهل الاجتهاد على أن للقاضى أن يقضى فى محل الاجتهاد بما يؤدى اليه اجتهاده فكان هذا قضاء متفقا على صحته ولا اتفاق على صحة هذا الرأى الثانى فلا يجوز نقض المجمع عليه بالمختلف ولهذا لا يجوز لقاضى آخر ان يبطل هذا القضاء كذا هذا وقد روى عن سيدنا عمر رضى الله عنه انه قضى فى حادثة ثم قضى فيها بخلاف تلك القضية فسئل فقال تلك كما قضينا وهذه كما نقضى ولو رفعت اليه ثالثا فتحول رأيه الى الاول يعمل به ولا يبطل قضاؤه بالرأى الثانى بالعمل بالرأى الاول كما لا يبطل قضاؤه الاول بالعمل بالرأى الثانى لما قلنا ولو أن فقيها قال لامرأته أنت طالق البته ومن رأيه انه بائن فامضى رأيه فيما بينه و بين امرأته وعزم على

انها قد حرمت عليه ثم تحول رأيه الى انها تطليقة واحدة يملك الرجعة فانه يعمل برأيه الاول فى حق هذه المرأة وتحرم
عليه وانما يعمل برأيه الثانى فى المستقبل فى حقها وفى حق غيرها لان الاول رأى امضاه بالاجتهاد وما امضى بالاجتهاد
لا ينقض باجتهاد مثله وكذلك لو كان رأيه انها واحدة يملك الرجعة فعزم على انها منكوحة ثم تحول رأيه الى انه بائن فانه
يعمل برأيه الاول ولا تحرم عليه لما قلنا ولو لم يكن عزم على الحرمة فى الفصل الاول حتى تحول رأيه الى الحل لا تحرم
عليه وكذا فى الفصل الثانى لو لم يكن عزم على الحل حتى تحول رأيه الى الحرمة تحرم عليه لان نفس الاجتهاد محل
النقض ما لم يتصل به الامضاء واتصال الامضاء بمنزلة اتصال القضاء واتصال القضاء يمنع من النقض فكذا اتصال
الامضاء وكذلك الرجل اذا لم يكن فقيها فاستفتى فقيها فافتاه بحلال أو حرام ولو لم يكن عزم على ذلك حتى أفتاه فقيه
آخر بخلافه فأخذ بقوله وأمضاه فى منكوحته لم يجز له ان يترك ما أمضاه فيه و يرجع الى ما أفتاه به الاول لان العمل
بما أمضى واجب لا يجوز نقضه مجتهدا كان أو مقلدا لان المقلد متعبد بالتقليد كما ان المجتهد متعبد بالاجتهاد ثم لم يجز
للمجتهد نقض ما أمضاه فكذا لا يجوز ذلك للمقلد ثم ماذكرنا من نفاذ قضاء القاضى فى محل الاجتهاد بما يؤدى اليه
اجتهاده اذا لم يكن المقضى عليه والمقضى له من أهل الرأى والاجتهاد أو كانا من أهل الرأى والاجتهاد ولكن لم يخالف
رأيهما رأى القاضى فاما اذا كانا من أهل الاجتهاد وخالف رأيهما رأى القاضى فجملة الكلام فيه ان قضاء القاضى
ينفذ على المقضى عليه فى محل الاجتهاد سواء كان المقضى عليه عاميا مقلدا أو فقيها مجتهدا يخالف رأيه رأى القاضى
بلا خلاف اما اذا كان مقلدا فظاهر لان العامى يلزمه تقليد المفتى فتقليد القاضى أولى وكذا اذا كان مجتهدا لان القضاء
فى محل الاجتهاد بما يؤدى اليه اجتهاد القاضى قضاء مجمع على صحته على مامر ولا معنى للصحة الا النفاذ على المقضى
عليه وصورة المسئلة اذا قال الرجل لامرأته أنت طالق البتة ورأى الزوج انه واحدة يملك الرجعة ورأى القاضى انه
بائن فرافعته المرأة الى القاضى فقضى بالبينونة ينفذ قضاؤه بالاتفاق لما قلنا واما قضاؤه للمقضى له بما يخالف رأيه هل ينفذ
قال أبو يوسف لا ينفذ وقال محمد ينفذ وصورة المسئلة اذا قال الرجل لامرأته أنت طالق البته ورأى الزوج انه بائن
ورأى القاضى انه واحدة يملك الرجعة فرافعته الى القاضى فقضى بتطليقة واحدة يملك الرجعة لا يحل له المقام معها عند
أبى يوسف وعند محمد يحل له (وجه) قول محمد ماذكرنا ان هذا قضاء وقع الاتفاق على جوازه لوقوعه فى فصل مجتهد فيه
فينفذ على المقضى عليه والمقضى له لان القضاء له تعلق بهما جميعا ألا ترى انه لا يصح الا بمطالبة المقضى له ولابى يوسف
ان صحة القضاء انفاذه فى محل الاجتهاد يظهر أثره فى حق المقضى عليه لا فى حق المقضى له لان المقضى عليه مجبور فى
القضاء عليه فاما المقضى له فمختار فى القضاء له فلو اتبع رأى القاضى انما يتبعه تقليدا وكونه مجتهدا يمنع من التقليد فيجب
العمل برأى نفسه وعلى هذا كل تحليل أو تحريم أو اعتاق أو أخذ مال اذا قضى القاضى بما يخالف رأى المقضى عليه
أوله فهو على ماذكرنا من الاتفاق والاختلاف وكذلك المقلد اذا أفتاه انسان فى حادثة ثم رفعت الى القاضى فقضى
بخلاف رأى المفتى فانه يأخذ بقضاء القاضى و يترك رأى المفتى لان رأى المفتى يصير متروكا بقضاء القاضى فما ظنك
بالمقلد ولم يذكر القدورى رحمه الله الخلاف فى هذا الفصل وذكره شيخنا رحمه الله وسننظر فيه فيما يأتى ان
شاء الله تعالى وعلى هذا يخرج القضاء بالبينة لان البينة العادلة مظهرة للمدعى فكان القضاء بالحق وعلى
هذا يخرج القضاء بالاقرار لان الانسان لا يقر على نفسه كاذبا هذا هو الظاهر فكان القضاء به قضاء بالحق
وكذا القضاء بالنكول عندنا فيما يقضى فيه بالنكول لان النكول على أصل أصحابنا بذل أو اقرار وكل ذلك
دليل صدق المدعى فى دعواه لما علم فكان القضاء بالنكول قضاء بالحق وعلى هذا يخرج قضاء القاضى بعلم نفسه فى الجملة
فنقول تفصيل الكلام فيه انه لا يخلو اما ان قضى بعلم استفاده فى زمن القضاء ومكانه وهو الموضع الذى قلد قضاءه واما
ان قضى بعلم استفاده قبل زمان القضاء وفى غير مكانه واما ان قضى بعلم استفاده بعد زمان القضاء فى غير مكانه فان قضى
بعلم استفاده فى زمن القضاء وفى مكانه بان سمع رجلا أقر لرجل بمال أو سمعه يطلق امرأته أو يعتق عبده أو يقذف

رجلا أو رآه يقتل انسانا وهو قاض فى البلد الذى قلد قضاءها جاز قضاؤه عندنا ولا يجوز قضاؤه به فى الحدود الخالصة بلا خلاف بين أصحابنا الا ان فى السرقة يقضى بالمال لا بالقطع وللشافعى فيه قولان فى قول لا يجوز له ان يقضى به فى الكل وفى قول يجوز فى الكل (وجه) قوله الاول ان القاضى مأمور بالقضاء بالبينة ولو جاز له القضاء بعلمه لم يبق مأمورا بالقضاء بالبينة وهذا المعنى لا يفصل بين الحدود وغيرها (وجه) قوله الثانى أن المقصود من البينة العلم بحكم الحادثة وقد علم وهذا لا يوجب الفصل بين الحدود وغيرها الا ان علمه لا يختلف (ولنا) انه جاز له القضاء بالبينة فيجوز القضاء بعلمه بطريق الاولى وهذا لان المقصود من البينة ليس عينها بل حصول العلم بحكم الحادثة وعلمه الحاصل بالمعاينة أقوى من علمه الحاصل بالشهادة لان الحاصل بالشهادة علم غالب الرأى وأكثر الظن والحاصل بالحس والمشاهدة علم القطع واليقين فكان هذا أقوى فكان القضاء به أولى الا انه لا يقضى به فى الحدود الخالصة لان الحدود يحتاط فى درئها وليس من الاحتياط فيها الاكتفاء بعلم نفسه ولان الحجة فى وضع الشئ هى البينة التى تتكلم بها ومعنى البينة وان وجد فقد فاتت صورتها وفوات الصورة يورث شبهة والحدود تدرأ بالشبهات بخلاف القصاص فانه حق العبد وحقوق العباد لا يحتاط فى اسقاطها وكذا حد القذف لان فيه حق العبد وكلاهما لا يسقطان بشبهة فوات الصورة هذا اذا قضى بعلم استفاده فى زمن القضاء ومكانه فاما اذا قضى بعلم استفاده فى غير زمن القضاء ومكانه أو فى زمان القضاء فى غير مكانه وذلك قبل ان يصل الى البلد الذى ولى قضاءه فانه لا يجوز عند أبى حنيفة أصلا وعندهما يجوز فيما سوى الحدود الخالصة فاما فى الحدود الخالصة فلا يجوز وجه قولهما انه لما جاز له ان يقضى بالعلم المستفاد فى زمن القضاء جاز له ان يقضى بالعلم المستفاد قبل زمن القضاء لان العلم فى الحالين على حد واحد الا ان ههنا استدام العلم الذى كان له قبل القضاء بتجدد أمثاله وهناك حدث له علم لم يكن وهما سواء فى المعنى الا انه لم يقض به فى الحدود الخالصة لتمكن الشبهة فيه باعتبار التهمة والشبهة تؤثر فى الحدود الخالصة ولا تؤثر فى حقوق العباد على ما مر ولابى حنيفة الفرق بين العلمين وهو أن العلم الحادث له فى زمن القضاء علم فى وقت هو مكلف فيه بالقضاء فاشبه البينة القائمة فيه والعلم الحاصل فى غير زمان القضاء علم فى وقت هو غير مكلف فيه بالقضاء فاشبه البينة القائمة فيه وهذا لان الاصل فى صحة القضاء هو البينة الا ان غيرها قد يلحق بها اذا كان فى معناها والعلم الحادث فى زمان القضاء فى معنى البينة يكون حادثا فى وقت هو مكلف بالقضاء فكان فى معنى البينة والحاصل قبل زمان القضاء أو قبل الوصول الى مكانه حاصل فى وقت هو غير مكلف بالقضاء فلم يكن فى معنى البينة فلم يجز القضاء به فهو الفرق بين العلمين وعلى هذا يخرج القضاء بكتاب القاضى فنقول لقبول الكتاب من القاضى شرائط منها البينة على انه كتابه فتشهد الشهود على ان هذا كتاب فلان القاضى ويذكروا اسمه ونسبه لانه لا يعرف انه كتابه بدونه ومنها ان يكون الكتاب مختوما ويشهدوا على ان هذا ختمه لصيانته عن الخلل فيه ومنها ان يشهدوا بما فى الكتاب بان يقولوا انه قرأه عليهم مع الشهادة بالختم وهذا قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله اذا شهدوا بالكتاب والخاتم تقبل وان لم يشهدوا بما فى الكتاب وكذا اذا شهدوا بالكتاب وبما فى جوفه تقبل وان لم يشهدوا بالخاتم بان قالوا لم يشهدنا على الخاتم أو لم يكن الكتاب مختوما أصلا لابى يوسف ان المقصود من هذه الشهادة حصول العلم للقاضى المكتوب اليه بان هذا كتاب فلان القاضى وهذا يحصل بما ذكرنا ولهما ان العلم بانه كتاب فلان لا يحصل الا بالعلم بما فيه ولا بد من الشهادة بما فيه لتكون شهادتهم على علم بالمشهود به ومنها ان يكون بين القاضى المكتوب اليه وبين القاضى الكاتب مسيرة سفر فان كان دونه لم تقبل لان القضاء بكتاب القاضى أمر جوز لحاجة الناس بطريق الرخصة لانه قضاء بالشهادة القائمة على غائب من غير ان يكون عنه خصم حاضر لكن جوز للضرورة ولا ضرورة فيما دون مسيرة السفر ومنها ان يكون فى الدين والعين التى لا حاجة الى الاشارة اليها عند الدعوى والشهادة كالدور والعقار واما فى الاعيان التى تقع الحاجة الى الاشارة اليها كالمنقول من الحيوان والعروض لا تقبل عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله

وهو قول أبي يوسف الاول رحمه الله ثم رجع وقال تقبل في العبد خاصة اذا أبق وأخذ في بلد فأقام صاحبه البينة عند قاضي بلده ان عبده أخذه فلان في بلد كذا فشهد الشهود على الملك أو على صفة العبد وحليته فانه يكتب الى قاضي البلد الذي العبد فيه انه قد شهد الشهود عندي ان عبدا صفته وحليته كذا وكذا ملك فلان أخذه فلان بن فلان ينسب كل واحد منهما الى أبيه والى جده على رسم كتاب القاضي الى القاضي واذا وصل الى القاضي المكتوب اليه وعلم انه كتابه بشهادة الشهود يسلم العبد اليه ويختم في عنقه ويأخذ منه كفيلا ثم يبعث به الى القاضي الكاتب حتى يشهد الشهود عليه عنده بعينه على الاشارة اليه ثم يكتب القاضي الكاتب له كتابا آخر الى ذلك القاضي المكتوب اليه أول مرة فاذا علم انه كتابه قبله وقضى وسلم العبد الى الذي جاء بالكتاب وابرأ كفيله ولا يقبل في الجارية بالاجماع وجه قول أبي يوسف رحمه الله ان الحاجة الى قبول كتاب القاضي في العبد متحققة لعموم البلوى به فلو لم يقبل لضاق الامر على الناس ولضاعت أموالهم ولا حاجة اليه في الامة لانها لا تهرب عادة لعجزها وضعف بنيتها وقلبها ولهما أن الشهادة لا تقبل الا على معلوم للآية الكريمة الا من شهد بالحق وهم يعلمون والمنقول لا يصير معلوما الا بالاشارة اليه والاشارة الى الغائب محال فلم تصح شهادة الشهود ولا دعوى المدعى لجهالة المدعى فلا يقبل الكتاب فيه ولهذا لم يقبل في الجارية وفي سائر المنقولات بخلاف العقار لانه يصير معلوما بالتحديد وبخلاف الدين لان الدين يصير معلوما بالوصف وهذا الذي ذكرنا مذهب أصحابنا رضي الله عنهم وقال ابن أبي ليلى رحمه الله يقبل كتاب القاضي الى القاضي في الكل وقضاة زماننا يعملون بمذهبه لحاجة الناس وينبغي للقاضي المرسل اليه أن لا يفك الكتاب الا بمحضر من الخصم ليكون أبعد من التهمة ومنها أن لا يكون في الحدود والقصاص لان كتاب القاضي الى القاضي بمنزلة الشهادة على الشهادة وانه لا تقبل فيهما كذا هذا ومنها ان يكون اسم المكتوب له وعليه واسم ابيه وجده وفخذه مكتوبا في الكتاب حتى لو نسبه الى أبيه ولم يذكر اسم جده أو نسبه الى قبيلة كبني تميم ونحوه لا يقبل لان التعريف لا يحصل به الا وان يكون شيأ ظاهرا مشهورا أشهر من القبيلة فيقبل لحصول التعريف ومنها ذكر الحدود في الدور والعقار لان التعريف في المحدود لا يصح الا بذكر الحد ولو ذكر في الكتاب ثلاثة حدود يقبل عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر رحمه الله لا يقبل ما لم يشهدوا على الحدود الاربعة ولو شهدوا على حدين لا تقبل بالاجماع واذا كانت الدار مشهورة كدار الامير وغيره لا تقبل عند أبي حنيفة عليه الرحمة وعندهما تقبل وهذه من مسائل الشروط ومنها أن يكون القاضي الكاتب على قضائه عند وصول كتابه الى القاضي المكتوب اليه حتى لو مات أو عزل قبل الوصول اليه لم يعمل به ولو مات بعد وصول الكتاب اليه جاز له ان يقضي به ومنها أن يكون القاضي المكتوب اليه على قضائه حتى لو مات أو عزل قبل وصول الكتاب اليه ثم وصل الى القاضي الذي ولي مكانه لم يعمل به لانه لم يكتب اليه والله تعالى أعلم ومنها أن يكون القاضي الكاتب من أهل العدل فان كان من أهل البغي لم يعمل به قاضي أهل العدل بل يرده كبتا وغيظا لهم ومنها أن يكون لله سبحانه وتعالى خالصا لان القضاء عبادة والعبادة اخلاص العمل بكليته لله عز وجل فلا يجوز قضاؤه لنفسه ولا لمن لا تقبل شهادته له لان القضاء له قضاء لنفسه من وجه فلم يخلص لله سبحانه وتعالى وكذا اذا قضى في حادثة برشوة لا ينفذ قضاؤه في تلك الحادثة وان قضى بالحق الثابت عند الله جل وعلا من حكم الحادثة لانه اذا أخذ على القضاء رشوة فقد قضى لنفسه لا لله عز اسمه فلم يصح (وأما) الذي يرجع الى المقضي له فانواع منها أن يكون ممن تقبل شهادته للقاضي فان كان ممن لا تقبل شهادته له لا يجوز قضاء القاضي له لما قلنا والله تعالى الموفق ومنها أن يكون حاضرا وقت القضاء فان كان غائبا لم يجز القضاء له الا اذا كان عنه خصم حاضر لان القضاء على الغائب كما لا يجوز فالقضاء للغائب أيضا لا يجوز ومنها طلب القضاء من القاضي في حقوق العباد لان القضاء وسيلة الى حقه فكان حقه وحق الانسان لا يستوفى الا بطلبه (وأما) الذي يرجع الى المقضي عليه فحضرته حتى لا يجوز القضاء على الغائب اذا لم يكن عنه خصم حاضر وهذا عندنا وعند الشافعي رحمه الله ليس

بشرط

بشرط والمسئلة ذكرت فى كتاب الدعوى والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما آداب القضاء فكثيرة والاصل فيها كتاب سيدنا عمر رضى الله عنه الى أبى موسى الاشعرى رحمه الله سماه محمد رحمه الله كتاب السياسة وفيه أما بعد فان القضاء فريضة محكمة وسنة متبعة فافهم اذا أدلى اليك فانه لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له آس بين الناس فى وجهك ومجلسك وعدلك حتى لا يطمع شريف فى حيفك ولا ييأس ضعيف من عدلك وفى رواية ولا يخاف ضعيف جورك البينة على المدعى واليمين على من أنكر الصلح جائز بين المسلمين الا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا ولا يمنعك قضاء قضيته بالامس راجعت فيه نفسك وهديت فيه لرشدك أن تراجع الحق فان الحق قديم لا يبطل ومراجعة الحق خير من التمادى فى الباطل الفهم الفهم فيما يختلج فى صدرك مما لم يبلغك فى القرآن العظيم والسنة ثم اعرف الامثال والاشباه وقس الامور عند ذلك فاعمد الى أحبها وأقربها الى الله تبارك وتعالى وأشبهها بالحق اجعل للمدعى أمدا ينتهى اليه فاذا أحضر بينة أخذ بحقه والا وجب القضاء عليه وفى رواية وان عجز عنها استحللت عليه القضاء فان ذلك أبلغ فى العذر وأجلى للعمى المسلمون عدول بعضهم على بعض الا محدودا فى قذف أو ظنينا فى ولاء أو قرابة أو مجربا عليه شهادة زور فان الله تعالى تولى منكم السر وفى رواية السرائر ودرأ عنكم بالبينات اياك والغضب والقلق والضجر والتأذى بالناس للخصوم فى مواطن الحق الذى يوجب الله سبحانه وتعالى به الاجر ويحسن به الذخر وأن من يخلص نيته فيما بينه وبين الله تعالى ولو على نفسه فى الحق يكفه الله تعالى فيما بينه وبين الناس ومن يتزين للناس بما يعلم الله منه خلافه شانه الله عز وجل فانه سبحانه وتعالى لا يقبل من العبادة الا ما كان خالصا فما ظنك بثواب عن الله سبحانه وتعالى من عاجل رزقه وخزائن رحمته والسلام ومنها أن يكون القاضى فهما عند الخصومة فيجعل فهمه وسمعه وقلبه الى كلام الخصمين لقول سيدنا عمر رضى الله عنه فى كتاب السياسة فافهم اذا أولى اليك ولان من الجائز أن يكون الحق مع أحد الخصمين فاذا لم يفهم القاضى كلامهما يضيع الحق وذلك قوله رضى الله عنه فانه لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له ومنها أن لا يكون قلقا وقت القضاء لقول سيدنا عمر رضى الله عنه اياك والقلق وهذا ندب الى السكون والتثبت ومنها أن لا يكون ضجرا عند القضاء اذا اجتمع عليه الامور فضاق صدره لقوله رضى الله عنه اياك والضجر ومنها أن لا يكون غضبان وقت القضاء لقول سيدنا عمر رضى الله عنه اياك والغضب وقال عليه الصلاة والسلام لا يقضى القاضى وهو غضبان ولانه يدهشه عن التأمل ومنها أن لا يكون جائعا ولا عطشان ولا ممتلئا لان هذه العوارض من القلق والضجر والغضب والجوع والعطش والامتلاء مما يشغله عن الحق ومنها أن لا يقضى وهو يمشى على الارض أو يسير على الدابة لان المشى والسير يشغلانه عن النظر والتأمل فى كلام الخصمين ولا بأس بأن يقضى وهو متكئ لان الاتكاء لا يقدح فى التأمل والنظر ومنها أن يسوى بين الخصمين فى الجلوس فيجلسهما بين يديه لا عن يمينه ولا عن يساره لانه لو فعل ذلك فقد قرب أحدهما فى مجلسه وكذا لا يجلس أحدهما عن يمينه والآخر عن يساره لان لليمين فضلا على اليسار وقد روى أن عمر وأبى بن كعب رضى الله عنهما اختصما فى حادثة الى زيد بن ثابت فألقى لسيدنا عمر رضى الله عنه وسادة فقال سيدنا عمر رضى الله عنه هذا أول جورك وجلس بين يديه ومنها أن يسوى بينهما فى النظر والنطق والخلوة فلا ينطلق بوجهه الى أحدهما ولا يسار أحدهما ولا يومئ الى أحدهما بشئ دون خصمه ولا يرفع صوته على أحدهما ولا يكلم أحدهما بلسان لا يعرفه الآخر ولا يخلو بأحد فى منزله ولا يضيف أحدهما فيعدل بين الخصمين فى هذا كله لما فى ترك العدل فيه من كسر قلب الآخر ويتهم القاضى به أيضا ومنها أن لا يقبل الهدية من أحدهما الا اذا كان لا يلحقه به تهمة وجملة الكلام فيه أن المهدى لا يخلو اما أن يكون رجلا كان يهدى اليه قبل تقليد القضاء واما ان كان لا يهدى اليه فان كان لا يهدى اليه فاما ان كان قريباله أو أجنبيا فان كان قريباله ينظر ان كان له خصومة فى الحال فانه لا يقبل لانه يلحقه التهمة وان كان لا خصومة له فى الحال يقبل لانه لا تهمة فيه وان كان أجنبيا

لا يقبل سواء كان له خصومة فى الحال أولا لانه ان كان له خصومة فى الحال كان بمعنى الرشوة وان لم يكن فربما يكون
له خصومة فى الحال يأتى بعد ذلك فلا يقبل ولو قبل يكون لبيت المال هذا اذا كان الرجل لا يهدى اليه قبل تقليد
القضاء فاما اذا كان يهدى اليه فان كان له فى الحال خصومة لا تقبل لانه يتهم فيه وان كان لا خصومة له فى الحال
ينظر ان كان اهدى مثل ما كان يهدى أو أقل يقبل لانه لا تهمة فيه وان كان أكثر من ذلك يرد الزيادة عليه وان قبل
كان لبيت المال وان لم يقبل للحال حتى انقضت الخصومة ثم قبلها لا بأس به ومنها أن لا يجيب الدعوة الخاصة بان كانوا
خمسة أو عشرة لانه لا يخلو من التهمة الا اذا كان صاحب الدعوة ممن كان يتخذ له الدعوة قبل القضاء أو كان بينه و بين
القاضى قرابة فلا بأس بأن يحضر اذا لم يكن له خصومة لانعدام التهمة فان عرف القاضى له خصومة لم يحضرها وأما
الدعوة العامة فان كانت بدعة كدعوة المباراة ونحوها لا يحل له أن يحضرها لانه لا يحل لغير القاضى اجابتها فالقاضى
أولى وان كانت سنة كوليمة العرس والختان فانه يجيبها لانه اجابة السنة ولا تهمة فيه ومنها أن لا يلقن أحد الخصمين
حجته لان فيه مكسرة قلب الآخر ولان فيه اعانة أحد الخصمين فيوجب التهمة غير انه ان تكلم أحدهما أسكت
الآخر ليفهم كلامه ومنها أن لا يلقن الشاهد بل يتركه يشهد بما عنده فان أوجب الشرع قبوله قبله والا رده وهذا
قول أبى حنيفة ومحمد وهو قول أبى يوسف الاول ثم رجع وقال لا بأس بتلقين الشاهد بأن يقول أتشهد بكذا وكذا
وجه قوله أن من الجائز أن الشاهد يلحقه الحصر لمهابة مجلس القضاء فيعجزه عن اقامة الحجة فكان التلقين تقويما لحجة
ثابتة فلا بأس به ولهما أن القاضى يتهم بتلقين الشاهد فيتحرج عنه ومنها أن لا يعبث بالشهود لان ذلك يشوش عليهم
عقولهم فلا يمكنهم اداء الشهادة على وجهها واذا اتهم الشهود فلا بأس بأن يفرقهم عند اداء الشهادة فيسألهم أين
كان ومتى كان فان اختلفوا اختلافا يوجب رد الشهادة ردها والا فلا و يشهد القاضى الجنازة لان ذلك حق الميت على
المسلمين فلم يكن متهما فى اداء سنة فيحضرها الا اذا اجتمعت الجنائز على وجه لو حضرها كلها لشغله ذلك عن أمور
المسلمين فلا بأس أن لا يشهد لان القضاء فرض عين وصلاة الجنازة فرض كفاية فكان اقامة فرض العين عند تعذر
الجمع بينهما أولى و يعود المريض ايضاً لان ذلك حق المسلمين على المسلمين فلا يلحقه التهمة باقامته و يسلم على
الخصوم اذا دخلوا المحكمة لان السلام من سنة الاسلام وكان شريح يسلم على الخصوم لكن لا يخص أحد الخصمين
بالتسليم عليه دون الآخر وهذا قبل جلوسه فى مجلس الحكم فاما اذا جلس لا يسلم عليهم ولا هم يسلمون عليه اما هو فلا
يسلم عليهم لان السنة أن يسلم القائم على القاعد لا القاعد على القائم وهو قاعد وهم قيام وأما هم فلا يسلمون عليه لانهم لو
سلموا عليه لا يلزمه الرد لانه اشتغل بأمر هو أهم وأعظم من رد السلام فلا يلزمه الاشتغال كذا ذكر الفقيه أبو جعفر
الهندوانى فى رجل يقرأ القرآن فدخل عليه آخر انه لا ينبغى له أن يسلم عليه ولو سلم عليه لا يلزمه الجواب وكذا المدرس
اذا جلس للتدريس لا ينبغى لاحد أن يسلم عليه ولو سلم لا يلزمه الرد لما قلنا بخلاف الامير اذا جلس فدخل عليه الناس
انهم يسلمون عليه وهو السنة وان كان سلاطين زماننا يكرهون التسليم عليهم وهو خطأ منهم لانهم جلسوا للزيارة ومن
سنة الزائر التسليم على من دخل عليه وأما القاضى فانما جلس للعبادة لا للزيارة فلا يسن التسليم عليه ولا يلزمه
الجواب ان سلموا لكن لو أجاب جاز ومنها أن يسأل القاضى عن حال الشهود فيما سوى الحدود والقصاص وان لم
يطعن الخصم وهو من آداب القاضى عند أبى حنيفة رحمه الله لان القضاء بظاهر العدالة وان كان جائزاً عنده فلا شك ان
القضاء بالعدالة الحقيقية أفضل وأما عندهما فهو من واجبات القضاء وكذا اذا طعن الخصم عنده فى غير الحدود
والقصاص وفى الحدود والقصاص طعن أو لم يطعن ثم القضاة من السلف كانوا يسألون بأنفسهم عن حال الشهود من
أهل محلتهم وأهل سوقهم وان كان الشاهد سوقيا ممن هو أتقى الناس وأورعهم وأعظمهم أمانة وأعرفهم بأحوال
الناس ظاهراً أو باطنا والقضاة فى زماننا نصبوا للعدل تيسيراً للامر عليهم لما يتعذر على القاضى طلب المعدل فى كل
شاهد فاستحسنوا نصب العدل ثم نقول للتعديل شرائط بعضها يرجع الى نفس العدل و بعضها يرجع الى فعل

التعديل

التعديل أما الاول فأنواع منها العقل ومنها البلوغ ومنها الاسلام فلا يجوز تعديل المجنون والصبي والكافر لان التزكية ان كانت تجرى مجرى الشهادة فهؤلاء ليسوا من أهل الشهادة فلا يكونون من أهل التزكية وان كانت من باب الاخبار عن الديانات نخبرهم فى الديانات غير مقبول لانه لا بد فيه من العدالة ولا عدالة لهؤلاء ومنها العدالة لان من لا يكون عدلا فى نفسه كيف يعدل غيره وأما العدد فليس بشرط الجواز عند أبى حنيفة وأبى يوسف لكنه شرط الفضيلة والكمال وعند محمد شرط الجواز وجه قوله أن التزكية فى معنى الشهادة لانه خبر عن أمر غاب عن علم القاضى وهذا معنى الشهادة فيشترط لها نصاب الشهادة ولهما أن التزكية ليست بشهادة بدليل أنه لا يشترط فيه لفظ الشهادة فلا يلزم فيها العدد على أن شرط العدد فى الشهادات ثبت نصاً غير معقول المعنى فيما يشترط فيه لفظ الشهادة فلا يلزم مراعاة العدد فيما وراءه وعلى هذا الخلاف العدد فى الترجمان وحامل المنشور أنه ليس بشرط عندهما وعنده شرط وعلى هذا الخلاف حرية المعدل و بصره وسلامته عن حد القذف انه ليس بشرط عندهما فتصح تزكية الاعمى والعبد والمحدود فى القذف وعند محمد شرط فلا تصح تزكيتهم لان التزكية شهادة عنده فيشترط لها ما يشترط لسائر الشهادات وعندهما ليست بشهادة فلا يراعى فيها شرائط الشهادة لما قلنا وأما الذكورة فليست بشرط لجواز التزكية فتجوز تزكية المرأة اذا كانت امرأة تخرج لحوائجها وتخالط الناس فتعرف أحوالهم وهذا ظاهر الرواية على أصلهما لان هذا من باب الاخبار عن الديانات وهى من أهله وأما عند محمد فتقبل تزكيتها فيما تقبل شهادتها فتصح تزكيتها فيما يقبل فيه شهادة رجل وامرأتين وتجوز تزكية الولد للوالد والوالد للولد وكل ذى رحم محرم منه لانه لا حق للعدل فى التعديل انما هو حق المدعى فلا يوجب تهمة فيه وهذا يشكل على أصل محمد لانه يجرى التعديل مجرى الشهادة وشهادة الوالد لولده وعكسه لا تقبل ومنها أن لا يكون المزكى مشهوداً عليه فان كان لم تعتبر تزكيته و يجب السؤال وهذا تفريع على مذهب أبى يوسف ومحمد فيما سوى الحدود والقصاص بناء على أن المسئلة ما وجبت حقاً للمشهود عليه عندهما وانما وجبت حقاً للشرع وحق الشرع لا يتأدى بتعديله لان فى زعم المدعى والشهود أنه كاذب فى انكاره فلا يصح تعديله وعند أبى حنيفة السؤال فيما سوى الحدود والقصاص حق المشهود عليه وحق الانسان لا يطلب الا بطلبه فما لم يطعن لا يتحقق الطلب فلا تجب المسئلة وذكر فى كتاب التزكية أن المشهود عليه اذا قال للشاهد هو عدل لا يكتفى به ما لم ينضم اليه آخر على قول محمد فصار عن محمد روايتان فى رواية لا تعتبر أصلا وفى رواية يقبل تعديله اذا انضم اليه غيره وأما الثانى الذى يرجع الى فعل التعديل فهو أن يقول المعدل فى التعديل هو عدل جائز الشهادة حتى لو قال هو عدل ولم يقل جائز الشهادة لا يقبل تعديله لجواز أن يكون الانسان عدلا فى نفسه ولا تجوز شهادته كالمحدود فى القذف اذا تاب وصلح والعبد الصالح وكذلك اذا قال فى الرد هو ليس بعدل لا يرد ما لم يقل هو غير جائز الشهادة لان غير العدل وهو الفاسق تجوز شهادته اذا تحرى القاضى الصدق فى شهادته ولو قضى به القاضى ينفذ ومنها أن يسأل المعدل فى السر أولا فان وجده عدلا يعدله فى العلانية أيضاً ويجمع بين المزكى والشهود و بين المدعى والمدعى عليه فى تعديل العلانية وان لم يجده عدلا يقول للمدعى زد فى شهودك ولا يكشف عن حال المجروح ستراً على المسلم ولا يكتفى بتعديل السر خوفاً من الاحتيال والتزوير بان يسمى غير العدل باسم العدل فكان الادب هو التزكية فى العلانية بعد التزكية فى السر ولو اختلف المعدلان فعدله أحدهما وجرحه الآخر سأل القاضى غيرهما فان عدله آخر أخذ بالتزكية وان جرحه آخر أخذ بالجرح لان خبر الاثنين أولى من خبر الواحد بالقبول لانه حجة مطلقة وان انضم الى كل واحد منهما رجل آخر فعدله اثنان وجرحه اثنان عمل بالجرح لان الجارح يعتمد حقيقة الحال والمعدل يبنى الامر على الظاهر لان الظاهر من حال الانسان ان يظهر الصلاح و يكتم الفسق فكان قبول قول الجارح أولى كذلك لو جرحه اثنان وعدله ثلاثة أو أربعة أو أكثر يعمل بقول الجارح لان الترجيح لا يقع بكثرة العدد فى باب الشهادة ومنها أن يجلس معه جماعة من أهل الفقه يشاورهم و يستعين برأيهم فيما يجهله

من الاحكام وقد ندب الله سبحانه رسوله عليه الصلاة والسلام الى المشاورة بقوله وشاورهم فى الامر مع انفتاح باب الوحى فغيره أولى وعن أبى هريرة رضى الله عنه أنه قال ما رأيت أحداً بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم أكثر مشاورة لاصحابه منه وروى أنه عليه الصلاة والسلام كان يقول لسيدنا أبى بكر وسيدنا عمر رضى الله تعالى عنهما قولا فانى فيما لم يوح الى مثلكما ولان المشاورة فى طلب الحق من باب المجاهدة فى الله عز وجل فيكون سبباً للوصول الى سبيل الرشاد قال الله عز وجل والذين جاهدوا فينا لنهدينهم سبلنا وينبغى أن يجلس معه من يوثق بدينه وأمانته لئلا يضن بما عنده من الحق والصواب بل يهديه الى ذلك اذا رفع اليه ولا ينبغى ان يشاورهم بحضرة الناس لان ذلك يذهب بمهابة المجلس والناس يتهمونه بالجهل ولكن يقيم الناس عن المجلس ثم يشاورهم أو يكتب فى رقعة فيدفع اليهم أو يكلمهم بلغة لا يفهمها الخصمان هذا اذا كان القاضى لا يدخله حصر باجلاسهم عنده ولا يعجز عن الكلام بين أيديهم فان كان لا يجلسهم فان أشكل عليه شئ من أحكام الحوادث بعث اليهم وسألهم ومنها أن يكون له جلواز وهو المسمى بصاحب المجلس فى عرف ديارنا يقوم على رأس القاضى لتهذيب المجلس وبيده سوط يؤدب به المنافق وينذر به المؤمن وقد روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يمسك بيده سوطاً ينذر به المؤمن ويؤدب به المنافق وكان سيدنا أبو بكر رضى الله عنه يمسك سوطاً وسيدنا عمر رضى الله عنه اتخذ درة ومنها أن يكون له أعوان يستحضرون الخصوم ويقومون بين يديه اجلالا له ليكون مجلساً مهيباً ويذعن المتمرد للحق وهذا فى زماننا فاما فى زمان الصحابة والتابعين رضى الله عنهم فما كان تقع الحاجة الى أمثال ذلك لانهم كانوا ينظرون الى الامراء والقضاة بعين التبجيل والتعظيم ويخافونهم وينقادون للحق بدون ذلك فقد روى أن سيدنا عمر رضى الله عنه كان يقضى فى المسجد فاذا فرغ استلقى على قفاه وتوسد بالحصى وما كان ينتقص ذلك من حرمته وروى أنه لبس قميصاً فازدادت أكمامه عن أصابعه فدعا بالشفرة فقطعهما وكان لا يكفهما أياما وكانت الاطراف متعلقة منها والناس يهابونه غاية المهابة فاما اليوم فقد فسد الزمان وتغير الناس فهان العلم وأهله فوقعت الحاجة الى هذه التكليفات للتوسل الى احياء الحق وانصاف المظلوم من الظالم ومنها أن يكون له ترجمان لجواز ان يحضر مجلس القضاء من لا يعرف القاضى لغته من المدعى والمدعى عليه والشهود والكلام فى عدد الترجمان وصفاته على الاتفاق والاختلاف كالكلام فى عدد المزكى وصفاته كما تقدم والله سبحانه وتعالى أعلم ومنها أن يتخذ كاتباً لانه يحتاج الى محافظة الدعاوى والبينات والاقرارات لا يمكنه حفظها فلا بد من الكتابة وقد يشق عليه أن يكتب بنفسه فيحتاج الى كاتب يستعين به وينبغى أن يكون عفيفاً صالحاً من أهل الشهادة وله معرفة بالفقه أما العفة والصلاح فلان هذا من باب الامانة والامانة لا يؤديها الا العفيف الصالح وأما أهلية الشهادة فلان القاضى قد يحتاج الى شهادته وأما معرفته بالفقه فلانه يحتاج الى الاختصار والحذف من كلام الخصمين والنقل من لغة ولا يقدر على ذلك الا من له معرفة بالفقه فان لم يكن فقيها كتب كلام الخصمين كما سمعه ولا يتصرف فيه بالزيادة والنقصان لئلا يوجب حقاً لم يجب ولا يسقط حقاً واجباً لان تصرف غير الفقيه بتفسير الكلام لا يخلو عن ذلك وينبغى ان يقعد الكاتب حيث يرى ما يكتب وما يصنع فان ذلك أقرب الى الاحتياط ثم فى عرف بلادنا يقدم كتابة الدعوى على الدعوى فيكتب دعوى المدعى ويترك موضع التاريخ بياضاً لجواز ان تتخلف الدعوى عن وقت الكتابة ويترك موضع الجواب أيضا بياضا لانه لا يدرى ان المدعى عليه يقر أو ينكر ويكتب أسماء الشهود ان كان للمدعى شهود ويترك بين كل شاهدين بياضا ليكتب القاضى التاريخ وجواب الخصم وشهادة الشهود بنفسه ثم يطوى الكاتب الكتاب ويختمه ثم يكتب على ظهره خصومة فلان ابن فلان مع فلان ابن فلان فى شهر كذا فى سنة كذا ويجعله فى قمطرة وينبغى ان يجعل لخصومات كل شهر قمطرا على حدة ليكون أبصر بذلك ثم يكتب القاضى فى ذلك الشهر أسماء الشهود بنفسه على بطاقة أو يستكتب الكاتب بين يديه فيبعثها الى المعدل سرا وهى المسماة بالمستورة فى عرف ديارنا والافضل أن

يبعث على يدى عدلين وان بعث على يدى عدل فهو على الاختلاف الذى ذكرناوالله سبحانه أعلم (ومنها) أن يقدم الخصوم على مراتبهم فى الحضور الاول فالاول لقوله عليه الصلاة والسلام المباح لمن سبق اليه وان اشتبه عليه حالهم استعمل القرعة فقدم من خرجت قرعتـه الا الغرباء اذا خاصموا بعض أهل المصر اليـه أو خاصم بعضهم بعضا أو خاصمهم بعض أهل المصر فانه يقدمهم فى الخصومة على أهل المصر لما روى عن سيدنا عمر رضى الله عنـه انه قال قدم الغريب فانك اذا لم ترفع به رأسا ذهب وضاع حقه فتكون أنت الذى ضيعته ندب رضى الله عنـه الى تقديم الغريب ونبـه على المعنى لانه لا يمكنه الانتظار فكان تأخيره فى الخصومة تضييعاً لحقـه الا اذا كانوا كثيرا بحيث يشتغل القاضى عن أهل المصر فيخلطهم باهل المصر لان تقديمهم يضر بأهل المصر وكذا تقديم صاحب الشهود على غيره لان اكرام الشهود واجب قال عليه الصـلاة والسـلام اكرموا الشـهود فان الله يحيى بهم الحقوق وليس من الاكرام حبسهم على باب القاضى وهذا اذا كان واحدا فان كانوا كثيرا أقرع بينهم. وينبغى أن يقدم الرجال على حدة والنساء على حدة لما فى الخلط من خوف الفتنة ولو رأى أن يجعل لهن يوما على حـدة لـكثرة الخصوم فعل لان افرادهن بيوم استرلهن ومنها أن لا يتعب نفسه فى طول الجلوس لانه يحتاج الى النظر فى الحجج وبطول الجـلوس يختل النظر فيها فلا ينبغى ان يفعل ذلك ويكفى الجلوس طرفى النهار وقدرما لا يفتر عن النظر فى الحجج واذا تقـدم اليه الخصمان هل يسأل المدعى عن دعواه ذكر فى أدب القاضى انه يسأل وذكر فى الزيادات انه لا يسال وكذا اذا ادعى دعوى صحيحة هل يسأل المدعى عليه عن دعوى خصمه ذكر فى آداب القاضى انه يسأل وذكر فى الزيادات انه لا يسأل حتى يقول له المدعى سله عن جواب دعواى وجه ماذكر فى الزيادات أن السـؤال عن الدعوى انشاء الخصومة والقاضى لا ينشئ الخصومـة وجه ماذكر فى الـكتاب ان من الجائز أن أحـد الخصمين يلحقه مهابة مجلس القضاء فيعجز عن البيان دون سؤال القاضى فيسأل عن دعواه ومنها ان المدعى اذا أقام البينـة فادعى المدعى عليـه الدفع وقال لى بينة حاضرة أمهله زمانا لقول سيدنا عمر رضى الله عنه فى كتاب السياسـة اجعل للمدعى أمدا ينتهى اليه وأراد به مدعى الدفع ألا ترى انه قال وان عجز استحللت عليه القضاء ولانه لو لم يمهله وقضى ببينة المدعى ربما يحتاج الى نقض قضائه لجواز ان يأتى بالدفع مؤخرا فهو من صيانة القضاء عن النقض ثم ذلك مفوض الى رأى القاضى ان شاء أخر الى آخر المجلس وان شاء الى الغد وان شاء الى بعد الغد ولا يزيد عليـه لان الحق قد توجه عليه فلا يسعـه التأخير أكثر من ذلك وان أدى ببينة غائبة لا يلتفت اليه بل يقضى للمدعى ومنها أن يجلس للقضاء فى أشهر المجالس ليكون أرفق بالناس وهـل يقضى فى المسجد قال أصحابنا رحمهم الله يقضى وقال الشافعى رحمـه الله لا يقضى بل يقضى فى بيته وجه قوله ان القاضى يأتيـه المشرك والحائض والنفساء والجنب ويجرى بين الخصمين كلام اللغو والرفث والـكذب لان أحدهما كاذب وتنزيه المسجد عن هـذا كله واجب (ولنا) الاقتداء برسول الله صلى الله عليه وسلم والصحابة الكرام رضى الله تعالى عنهم فان رسول الله صلى الله عليه وسـلم كان يقضى فى المسجد وكذا الخلفاء الراشدون والصحابة والتابعون رضى الله عنهم كانوا يجلسون فى المسجد للقضاء والاقتداء بهم واجب ولا بأس للقاضى ان يرد الخصوم الى الصلح ان طمع منهم ذلك قال الله تبارك وتعالى والصلح خير فكان الرد الى الصـلح رداً الى الخير وقال سيدنا عمر رضى الله عنه ردوا الخصوم حتى يصطلحوا فان فصـل القضاء يورث بينهم الضغائن فندب رضى الله عنه القضاة الى رد الخصوم الى الصلح ونبه على المعنى وهو حصول المقصود من غير ضغينة ولا يزيد على مرة أو مرتين فان اصطلحا والا قضى بينهما بما يوجب الشرع وان لم يطمع منهم الصلح لا يردهم اليـه بل ينفذ القضـية فيهم لانه لا فائدة فى الرد وهل للقاضى أن يأخـذ الرزق فان كان فقيراً له أن يأخـذ لانه يعمل للمسلمين فلابد له من الـكفاية ولا كفاية له فكانت كفايتـه فى بيت المال الا أن يكون له ذلك أجرة عمـله و ينبغى للامام ان يوسع عليه وعلى عياله كيلا يطمع فى أموال الناس وروى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لما بعث

عتاب بن أسيد رضى الله عنه الى مكة و ولاه أمرها رزقه أربعمائة درهم فى كل عام و روى ان الصحابة الكرام رضى الله تعالى عنهم أجروا لسيدنا أبى بكر الصديق رضى الله عنه كل يوم درهماً وثلثاً أو ثلثين من بيت المال وكذا روى انه كان لسيدنا عمر رضى الله عنه مثل ذلك من بيت المال وكان لسيدنا على رضى الله عنه كل يوم قصعة من ثريد ورزق سيدنا عمر رضى الله عنه شريحا و روى ان سيدنا عليا فرض له خمسمائة درهم فى كل شهر وان كان غنياً اختلفوا فيه قال بعضهم لا يحل له ان يأخذ لان الاخذ بحكم الحاجة ولا حاجة له الى ذلك وقال بعضهم يحل له الاخذ والافضل له ان يأخذ اما الحل فلما بينا انه عامل للمسلمين فكانت كفايته عليهم لا من طريق الاجر واما الافضلية فلانه وان لم يكن محتاجا الى ذلك فربما يجىء بعده قاض محتاج وقد صار ذلك سنة ورسما فتمنع السلاطين عن ابطال رزق القضاة اليهم خصوصاً سلاطين زماننا فكان الامتناع من الاخذ شحاً بحق الغير فكان الافضل هو الاخذ وليس للقاضى ان يستخلف الا اذا أذن له الامام بذلك لانه يتصرف بالتفويض فيتقدر بقدر ما فوض اليه كالوكيل ولو استخلف تتوقف قضايا خليفته على اجازته بمنزلة الوكيل الخاص اذا وكل غيره فتصرف ولو كان الامام أذن له بذلك كان له ذلك كالوكيل العام وفى آداب القضاء وماندب القاضى الى فعله كثرة لها كتاب مفرد هناك ان شاء الله تعالى

﴿فصل﴾ واما بيان ماينفذ من القضايا وما ينقض منها اذا رفع الى قاض آخر فنقول و بالله التوفيق قضاء القاضى الاول لا يخلو اما ان وقع فى فصل فيه نص مفسر من الكتاب العزيز والسنة المتواترة والاجماع واما ان وقع فى فصل مجتهد فيه من ظواهر النصوص والقياس فان وقع فى فصل فيه نص مفسر من الكتاب أو الخبر المتواتر أو الاجماع فان وافق قضاؤه ذلك نفذ ولا يحل له النقض لانه وقع صحيحاً قطعاً وان خالف شيأ من ذلك يرده لانه وقع باطلا قطعاً وان وقع فى فصل مجتهد فيه فلا يخلو اما ان كان مجمعاً على كونه مجتهداً فيه واما ان كان مختلفاً فى كونه مجتهداً فيه فان كان مجمعاً على كونه محل الاجتهاد فاما ان كان المجتهد فيه هو المقضى به واما ان كان نفس القضاء فان كان المجتهد فيه هو المقضى به فرفع قضاؤه الى قاض آخر لم يرده الثانى بل ينفذه لكونه قضاء مجمعاً على صحته لما علم ان الناس على اختلافهم فى المسئلة اتفقوا على ان للقاضى ان يقضى بأى الاقوال الذى مال اليه اجتهاده فكان قضاء مجمعاً على صحته فلو نقضه انما ينقضه بقوله وفى صحته اختلاف بين الناس فلا يجوز نقض ماصح بالاتفاق بقول مختلف فى صحته ولانه ليس مع الثانى دليل قطعى بل اجتهادى وصحة قضاء القاضى الاول ثبت بدليل قطعى وهو اجماعهم على جواز القضاء بأى وجه اتضح له فلا يجوز نقض مامضى بدليل قاطع بما فيه شبهة ولان الضرورة توجب القول بلزوم القضاء المبنى على الاجتهاد وان لا يجوز نقضه لانه لو جاز نقضه برفعه الى قاض آخر يرى خلاف رأى الاول فينقضه ثم يرفعه المدعى الى قاض آخر يرى خلاف رأى القاضى الثانى فينقض نقضه و يقضى كما قضى الاول فيؤدى الى ان لا تندفع الخصومة والمنازعة أبداً والمنازعة سبب الفساد وما أدى الى الفساد فساد فان كان رده القاضى الثانى فرفعه الى قاض ثالث نفذ قضاء القاضى الاول وأبطل قضاء القاضى الثانى لان قضاء الاول صحيح وقضاء الثانى بالرد باطل هذا اذا كان القاضى الاول قاضى أهل العدل فان كان قاضى أهل البغى فرفعت قضاياه الى قاضى أهل العدل بان ظهر أهل العدل على المصر الذى كان فى يد الخوارج فرفعت الى قاضى أهل العدل قضايا قاضيهم لم ينفذ شيأ منها بل ينقضها كلها وان كانوا من أهل القضاء والشهادة فى الجملة كبتاً وغيظاً لهم ليزجروا عن البغى وان كان نفس القضاء مجتهداً فيه انه يجوز أم لا كما لو قضى بالحجر على الحر أو قضى على الغائب انه يجوز للقاضى الثانى ان ينقض قضاء الاول اذا مال اجتهاده الى خلاف اجتهاد الاول لان قضاءه هنا لم يجز بقول الكل بل بقول البعض دون البعض فلم يكن جوازه متفقا عليه فكان محتملا للنقض بمثله بخلاف الفصل الاول لان جواز القضاء هناك ثبت بقول الكل فكان متفقا عليه فلا يحتمل النقض بقول البعض ولان المسئلة اذا كانت مختلفا فيها فالقاضى بالقضاء يقطع أحد الاختلافين و يجعله متفقا عليه فى الحكم بالقضاء المتفق على جوازه واذا كان نفس القضاء مختلفا فيه يرفع الخلاف بالخلاف هذا اذا كان القضاء فى محل أجمعوا على كونه

محل الاجتهاد فامااذا كان في محل اختلفوا انه محل الاجتهاد أم لا كبيع أم الولد هل ينفذ فيه قضاء القاضي أم لا فعند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ينفذ لانه محل الاجتهاد عندهما لاختلاف الصحابة في جواز بيعها وعند محمد لا ينفذ لوقوع الاتفاق بعد ذلك من الصحابة وغيرهم على انه لا يجوز بيعها فخرج عن محل الاجتهاد وهذا يرجع الى ان الاجماع المتأخر هل يرفع الخلاف المتقدم عندهما لا يرفع وعنده يرفع فكان هذا الفصل مختلفاً في كونه مجتهدا فيه فينظر ان كان من رأى القاضي الثاني انه مجتهد فيه ينفذ قضاءه ولا يرده لما ذكرنا في سائر المجتهدات المتفق عليها وان كان من رأيه انه خرج عن حد الاجتهاد وصار متفقاً عليه لا ينفذ بل يرده لان عنده ان قضاء الاول وقع مخالفا للاجماع فكان باطلا ومن مشايخنا من فصل في المجتهدات تفصيلا آخر فقال ان كان الاجتهاد شنيعاً مستنكراً أجاز للقاضي الثاني ان ينقض قضاء الاول وهذا فيه نظر لانه اذا صح كونه محل الاجتهاد فلا معنى للفصل بين مجتهد ومجتهد لان ما ذكرنا من المعنى لا يوجب الفصل بينهما فينبغي ان لا يجوز للثاني نقض قضاء الاول لان قضاءه صادف محل الاجتهاد

﴿ فصل ﴾ واما بيان ما يحله القضاء وما لا يحله فالاصل ان قضاء القاضي بشاهدي الزور فيما له ولاية انشائه في الجملة يفيد الحل عند أبي حنيفة رحمه الله وقضاؤه بما فيما ليس له ولاية انشائه أصلا لا يفيد الحل بالاجماع وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله والشافعي رحمه الله لا يفيد الحل فيهما جميعاً فنقول جملة الكلام فيه ان القاضي اذا قضى بشاهدين ثم ظهر انهما شاهدا زور فلا يخلو اما ان قضى بعقد أو بفسخ عقد واما ان قضى بملك مرسل فان قضى بعقد أو بفسخ عقد فقضاؤه يفيد الحل عنده وعندهم لا يفيد ولقب المسئلة ان قضاء القاضي في العقود والفسوخ بشهود زور هل ينفذ ظاهرا او باطنا فهو على الخلاف الذي ذكرنا وان قضى بملك مرسل لا ينفذ قضاؤه باطنا بالاجماع وبيان هذه الجملة في مسائل اذا ادعى رجل على امرأة انه تزوجها فانكرت فاقام على ذلك شاهدى زور فقضى القاضي بالنكاح بينهما وهما يعلمان انه لا نكاح بينهما حل للرجل وطؤها وحل لها التمكين عند أبي حنيفة وعندهم لا يحل وكذا اذا شهد شاهدان على رجل انه طلق امرأته ثلاثاً وهو منكر فقضى القاضي بالفرقة بينهما ثم تزوجها أحد الشاهدين حل له وطؤها وان كان يعلم انه شهد بزور عنده وعندهم لا يحل وعلى هذا الخلاف دعوى البيع والاعتاق وفي الهبة عن أبي حنيفة رحمه الله روايتان وأجمعوا على أنه لو ادعى نكاح امرأة وهي تنكر وتقول أنا أخته من الرضاع أو أنا في عدة من زوج آخر فشهد بالنكاح شاهدان وقضى القاضي بشهادتهما والمرأة تعلم انها كما أخبرت لا يحل لها التمكين وأجمعوا أيضا على انه لو ادعى رجل أن هذه جاريته وهي تنكر فاقام على ذلك شاهدين وقضى القاضي بالجارية انه لا يحل له وطؤها اذا كان يعلم انه كاذب في دعواه ولا يحل لاحد الشاهدين أيضا ان يشتريها احتجوا بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال انكم تختصمون الى ولعل بعضكم ألحن بحجته من بعض وانما أنا بشر فمن قضيت له من مال أخيه شيأ بغير حق فانما أقطع له قطعة من النار أخبر الشارع عليه الصلاة والسلام ان القضاء بما ليس للمدعى قضاء له بقطعة من النار ولو نفذ قضاؤه باطنا لما كان القضاء به قضاء بقطعة من النار ولان القضاء انما ينفذ بالحجة وهي الشهادة الصادقة وهذه كاذبة بيقين فلا ينفذ حقيقة ولهذا لم ينفذ بالملك المرسل وكذا اذا كانت المرأة محرمة بالعدة والردة أو الرضاع أو القرابة أو المصاهرة كذا هذا ولابي حنيفة رضى الله عنه ان قضاء القاضي بما يحتمل الانشاء انشاء له فينفذ ظاهرا وباطنا كما لو انشأ صريحا ودلالة الوصف ان القاضي مأمور بالقضاء بالحق ولا يقع قضاؤه بالحق فيما يحتمل الانشاء الا بالحمل على الانشاء لان البينة قد تكون صادقة وقد تكون كاذبة فيجعل انشاء والعقود والفسوخ مما تحتمل الانشاء من القاضي فان للقاضي ولاية انشائها في الجملة بخلاف الملك المرسل لان نفس الملك مما لا يحتمل الانشاء ولهذا لو أنشأ القاضي أو غيره صريحاً لا يصح وبخلاف ما اذا كانت المرأة محرمة باسباب لان هناك ليس للقاضي ولاية الانشاء ألا ترى انه لو أنشأ صريحاً لا ينفذ واما الحديث فقد

قيل انه عليه الصلاة والسلام قال ذلك فى أخوين اختصما اليه فى مواريث درست بينهما فقال الى آخره ولم يكن لهما بينة الا دعواهما كذا ذكره أبوداود عن أم سلمة رضى الله عنهما والميراث ومطلق الملك سواء فى الدعوى و به نقول مع انه ليس فيه ذكر السبب والكلام فى القضاء بسبب على انا نقول بموجبه لكن لم قلتم ان القضاء بسبب قضاء له من مال آخر بغير حق بل هو قضا له من مال نفسه و بحق لان القضاء بسبب الملك صحيح عندنا فقد قلنا بموجب الحديث والحمد لله وحده

﴿ فصل ﴾ واما بيان حكم خطأ القاضى فى القضاء فنقول الاصل ان القاضى اذا أخطأ فى قضائه بان ظهر ان الشهود كانوا عبيدا أو محدودين فى قذف انه لا يؤاخذ بالضمان لانه بالقضاء لم يعمل لنفسه بل لغيره فكان بمنزلة الرسول فلا تلحقه العهدة ثم ينظر اما ان كان المقضى به من حقوق العباد واما ان كان من حقوق الله عز وجل خالصاً كالقطع فى السرقة والرجم فى زنا المحصن فان كان فى حقوق العباد فان كان مالا وهو قائم رده على المقضى عليه لان قضاءه وقع باطلا ورد عين المقضى به ممكن فيلزمه رده لقول النبى عليه الصلاة والسلام على اليد ما أخذت حتى ترده ولانه عين مال المدعى عليه ومن وجد عين ماله فهو أحق به وان كان هالكا فالضمان على المقضى له لان القاضى عمل له فكان خطؤه عليه ليكون الخراج بالضمان ولانه اذا عمل له فكان هو الذى فعل بنفسه وان كان حقاً ليس بمال كالطلاق والعتاق بطل لانه تبين ان قضاءه كان باطلا وانه أمر شرعى يحتمل الرد فيرد بخلاف الحدود والمال الهالك لانه لا يحتمل الرد بنفسه فيرد بالضمان هذا اذا كان المقضى به من حقوق العباد واما اذا كان من حق الله عز وجل خالصاً فضمانه فى بيت المال لانه عمل فيها لعامة المسلمين لعود منفعتها اليهم وهو الزجر فكان خطؤه عليهم لما قلنا فيؤدى من بيت مالهم ولا يضمن القاضى لما قلنا ولا الجلاد أيضا لانه عمل بامر القاضى والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما يخرج به القاضى عن القضاء فنقول و بالله التوفيق كل ما يخرج به الوكيل عن الوكالة يخرج به القاضى عن القضاء وما يخرج به الوكيل عن الوكالة أشياء ذكرناها فى كتاب الوكالة لا يختلفان الا فى شىء واحد وهو ان الموكل اذا مات أو خلع ينعزل الوكيل والخليفة اذا مات أو خلع لا تنعزل قضاته و ولاته (ووجه) الفرق ان الوكيل يعمل بولاية الموكل وفى خالص حقه أيضا وقد بطلت أهلية الولاية فينعزل الوكيل والقاضى لا يعمل بولاية الخليفة وفى حقه بل بولاية المسلمين وفى حقوقهم وانما الخليفة بمنزلة الرسول عنهم لهذا لم تلحقه العهدة كالرسول فى سائر العقود والوكيل فى النكاح واذا كان رسولا كان فعله بمنزلة فعل عامة المسلمين و ولايتهم بعد موت الخليفة باقية فيبقى القاضى على ولايته وهذا بخلاف العزل فان الخليفة اذا عزل القاضى أو الوالى ينعزل بعزله ولا ينعزل بموته لانه لا ينعزل بعزل الخليفة أيضا حقيقة بل بعزل العامة لما ذكرنا ان توليته بتولية العامة والعامة ولوه الاستبدال دلالة لتعلق مصلحتهم بذلك فكانت ولايته منهم معنى فى العزل أيضا فهو الفرق بين العزل والموت ولو استخلف القاضى باذن الامام ثم مات القاضى لا ينعزل خليفته لانه نائب الامام فى الحقيقة لا نائب القاضى ولا ينعزل بموت الخليفة أيضا كما لا ينعزل القاضى لما قلنا ولا يملك القاضى عزل خليفته لانه نائب الامام فلا ينعزل بعزله كالوكيل انه لا يملك عزل الوكيل الثانى لان الثانى وكيل الموكل فى الحقيقة لا وكيله كذا ههنا الا اذا اذن له الخليفة ان يستبدل من شاء فيملك عزله و يكون ذلك أيضاً عزلا من الخليفة لا من القاضى لان القاضى كالوكيل اذا قال له الموكل اعمل برأيك أنه يملك التوكيل والعزل واذا عزل كان العزل فى الحقيقة من الموكل كذا هذا وعلم المعزول بالعزل شرط صحة العزل كما ذكر فى الوكالة وهل ينعزل باخذ الرشوة فى الحكم عندنا لا ينعزل لكنه يستحق العزل فيعزله الامام و يعزره كذا ذكر فى كتاب الحدود وقال مشايخ العراق من أصحابنا انه ينعزل وقالوا صحت الرواية عن أصحابنا رضى الله عنهم أنه ينعزل واستدلوا بما ذكر فى السير الكبير أنه يخرج من القضاء لكن رواية مشايخنا أنه لا يخرج من القضاء وهذه الرواية أولى لان هذه الرواية مشتبهة ورواية كتاب الحدود محكمة لانه ذكر ان الامام يعزله و يعزره فكان فيما قلنا حمل المحتمل على

الحكم فكان عملا بالروايتين جميعا فكان أولى وهـذا عندنا وقال الشافعى عليه الرحمة ينعزل وهو قول المعـتزلة ولقب المسئلة ان القاضى اذا فسق هل ينعزل أولا فعنـدنا لا ينعزل وعند الشافعى ينعزل وبه قالت المعـتزلة لـكن بناء على أصلين مختلفين فأصل المعتزلة ان الفسق يخرج صاحبه عن الايمـان فيبطل أهلية القضاء وأصـل الشافعى رحمه الله ان العدالة شرط أهلية القضاء كما هى شرط أهلية الشهادة لان أهلية القضاء تدور مع أهلية الشهادة وقد زالت بالفسق فتبطل الاهلية والاصل عندنا أن الـكبيرة لا تخرج صاحبها من الايمان والعدالة ليست بشرط أهلية القضاء كما ليست بشرط لاهلية الشهادة على ماذكرنا والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ كتاب القسمة ﴾

الكلام فى هذا الـكتاب يقع فى مواضع فى بيان أنواع القسمة وفى بيان شرعية كل نوع وفى بيان معـنى القسمة لغة وشرعا وفى بيان شرائط القسـمة وفى بيان صفات القسـمة وفى بيان حكم القسـمة وفى بيان ما يوجب نقض القسمة بعد وجودها (أما) الاول فالقسـمة فى الاملاك المشتركة نوعان أحدهما قسمة الاعيان والثانى قسـمة المنافع وقسمة كل واحد من النوعين مشروعة أما قسـمة الاعيان فقـد عرفت شرعيتها بالسـنة والاجماع (أما) السنة فما روى أن النبى عليه الصلاة والسلام قسم غنائم خيبر بين الغانمين وأدنى درجات فعله عليه الصلاة والسلام الشرعية (وأما) الاجماع فان الناس استعملوا القسمة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا من غير نكير فكانت شرعيته متوارثة والمعقول يقتضيه توفيرا على كل واحد مصلحته بكمالها

﴿ فصـل ﴾ وأما بيان معنى القسمة لغة وشرعا أما فى اللغة فهى عبارة عن افراز النصيب وفى الشريعة عبارة عن افراز بعض الانصبـاء عن بعض ومبادلة بعض ببعض لان ما من جزأين من العين المشتركة لا يتجزآن قبل القسـمة الا وأحدهما ملك أحد الشريكين والآخر ملك صاحبه غير عين فكان نصف العين مملوكا لهذا والنصف مملوكا لذاك على الشيوع فاذا قسمت بينهما نصفين والاجزاء المملوكة لكل واحـد منهما شائعـة غير معينة فتجتمع بالقسمة فى نصيبه دون نصيب صاحبه فلابد وأن يجتمع فى نصيب كل واحد منهما أجزاء بعضها مملوك له وبعضها مملوك لصاحبه على الشيوع فلو لم تقع القسمة مبادلة فى بعض أجزاء المقسوم لم يكن المقسوم كله ملكا للمقسوم عليه بل يكون بعضه ملك صاحبه فكانت القسمة منهما بالتراضى أو بطلبهما من القاضى رضاً من كل واحد منهما بزوال ملكه عن نصف نصيبه بعوض وهو نصف نصيب صاحبه وهو تفسير المبادلة فكانت القسـمة فى حق الاجزاء المملوكة له افرازا أو تمييزا أو تعيينا لها فى الملك وفى حق الاجزاء المملوكة لصاحبـه معاوضة وهى مبادلة بعض الاجزاء المجتمعة فى نصيبه ببعض الاجزاء المجتمعة فى نصيب صاحبه فكانت افراز بعض الانصباء ومعاوضة البعض ضرورة وهذا هو حقيقة القسمة المعقولة فى الاملاك المشتركة فكان معنى المعاوضة لازما فى كل قسمة شرعية الا أنه أعطى لها حكم الافراز فى ذوات الامثال فى بعض الاحكام لان المأخوذ من العوض مثل المتروك من المعوض فجعل كأنه يأخذ عين حقه بمنزلة المقرض حتى كان لـكل واحد منهما أن يأخذ نصيبه من غير رضا صاحبه فجعل افرازا حكما وهـذا المعنى لا يوجد فى غير ذوات الامثال فان قيـل أليس انه يجبر على القسمة والمعاوضات مما لا يجرى فيها الجبر كالبيع ونحوه (فالجواب) ان المعاوضة قد يجرى فيها الجبر ألا ترى ان الغريم يجبر على قضاء الدين وقضاء الدين لا يتحقق الا بطريق المعاوضة على ما يبنا فى كتاب الوكالة دل ان الجبر لا ينفى المعاوضة فجاز أن يجبر على القسـمة وان كانت معاوضة مع ما أن الجبر لا يجرى فى المعاوضات المطلقة كالبيع ونحوه والقسمة ليست بمعاوضة مطلقة بل هى افراز من وجه ومعاوضة من وجه فجاز أن يجرى فيها الجبر وعلى هذا الاصل تخرج قسمة المـكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة انها لا تجوز مجازفة كما لا يجوز بيعها مجازفة لاعتبار معنى المبادلة وذكر فى الـكتاب فى كر حنطة مشترك بين

رجلين ثلاثون منه رديئة وعشرة منه جيدة قيمتها سواء فأرادا أن يقتسماه فيأخذ أحدهما ثلاثين والآخر عشرة أنه
لا يجوز لتمكن الربا فيه لتحقق معنى المعاوضة ولو زاد صاحب الزيادة ثوبا أو شيئا آخر جاز لان الزيادة صارت مقابلة
بالثوب فزال معنى الربا وقال فى زرع مشترك بين رجلين فى أرض مملوكة لهما فأرادا قسمة الزرع دون الارض وقد
سنبل الزرع انه لا تجوز قسمته لان قسمته بطريق المجازفة ولا تجوز المعاوضة بطريق المجازفة فى الاموال الربوية
وكذا لو أوصى بصوف على ظهر غنم لرجلين أو أوصى باللبن فى الضرع لهما لم تجز قسمته قبل الجز والحلب لان
الصوف واللبن من الاموال الربوية فلا يحتملان القسمة مجازفة كما لا يحتملان البيع مجازفة وكذا خيار العيب
يدخل فى نوعى القسمة كما يدخل فى البيع وخيار الرؤية والشرط يدخل فى أحد النوعين دون الآخر لا لانعدام معنى
المبادلة بل لمعنى آخر نذكره فى موضعه ولو اشترى رجلان من رجل كر حنطة بمائة درهم فاقتسماه فلكل واحد منهما أن
يبيع نصيبه مرابحة على خمسين درهما ولو اشتريا دارا بمائة درهم فاقتسماها ليس لواحد منهما أن يبيع نصيبه مرابحة على
خمسين وانما افترق النوعان فى هذا الحكم لا لاعتبار معنى الافراز فى أحدهما والمبادلة فى الآخر بل لمعنى آخر وهو أن
المرابحة بيع بمثل المذكور ثمنا فى الاول مع زيادة شئ وانما يجوز البيع بمثل المذكور ثمنا فى الاول مع زيادة شئ فيما يحتمل
الزيادة واما فيما لا يحتمل الزيادة فلا كما اذا اشترى كر حنطة بكر حنطة لا يبيعه مرابحة على الكر كذا هنا بل أولى لان
ذلك معاوضة مقصودة والمعاوضة فى القسمة ليست بمقصودة واذا كان كذلك يسقط اعتبار هذا الثمن شرعا فى هذا
الحكم لانه لا يحتمل الزيادة فكان له أن يبيعه مرابحة على أول ثمن يحتمل الزيادة وهو الخمسون بخلاف قسمة الدار لان
هناك يمكن البيع بالثمن الاول وهو ثمن القسمة وزيادة شئ بان يبيع نصفه من شريكه بالنصف الذى فى يده وربح درهم
مثلا كما اذا اشترى دارا بدار أو اشترى كر حنطة بثوب فامكن بيعه مرابحة على الثمن الاول فى الجملة فلم يجز بيعه
مرابحة على خمسين الا أنه اذا باعه مرابحة أو باعه من بائعه بالنصف الذى فى يده بربح ده يازده لا يجوز لمعنى عرف فى
كتاب البيوع والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما شرائط جواز القسمة فانواع بعضها يرجع الى القاسم وبعضها يرجع الى المقسوم وبعضها يرجع الى
المقسوم له (أما) الذى يرجع الى القاسم فنوعان نوع هو شرط الجواز ونوع هو شرط الاستحباب أما شرائط الجواز
فانواع منها العقل فلا تجوز قسمة المجنون والصبى الذى لا يعقل لان العقل من شرائط أهلية التصرفات الشرعية
فاما البلوغ فليس بشرط لجواز القسمة حتى تجوز قسمة الصبى الذى يعقل القسمة باذن وليه وكذلك الاسلام
والذكورة والحرية ليست بشرط لجواز القسمة فتجوز قسمة الذمى والمرأة والمكاتب والمأذون لان هؤلاء من أهل
البيع فكانوا من أهل القسمة والله سبحانه وتعالى أعلم (ومنها) الملك والولاية فلا تجوز القسمة بدونهما أما الملك
فالمعنى به أن يكون القاسم مالكا فيقسم الشركاء بالتراضى وأما الولاية فنوعان ولاية قضاء وولاية قرابة الا أن شرط
ولاية القضاء الطلب فيقسم القاضى وأمينه على الصغير والكبير والذكر والانثى والمسلم والذمى والحر والعبد والمأذون
والمكاتب عند طلب الشركاء كلهم أو بعضهم على ما نذكره ولا يشترط ذلك فى ولاية القرابة فيقسم الاب ووصيه
والجد ووصيه على الصغير والمعتوه من غير طلب أحد والاصل فيه ان كل من له ولاية البيع فله ولاية القسمة ومن
لا فلا ولهؤلاء ولاية البيع فكانت لهم ولاية القسمة وكذا القاضى له ولاية بيع مال الصغير والكبير فى الجملة فكان له
ولاية القسمة فى الجملة (وأما) وصى الام ووصى الاخ والعم فيقسم المنقول دون العقار لان له ولاية بيع المنقول دون
العقار وفى وصى المكاتب اذا مات عن وفاء أنه هل يقسم فيه روايتان وهذا كله يقرر ما قلنا ان معنى المبادلة لازم فى
القسمة حيث جعل سبيله سبيل البيع فى الولاية ولا يقسم وصى الميت على الموصى له لانعدام ولايته عليه وكذا
لا يقسم الورثة عليه لانعدام ولا يتهم عليه لان الموصى له كواحد من الورثة ولا يقسم بعض الورثة على بعض لانعدام
الولاية فلا يقسمون على الموصى له ولو اقتسموا وهو غائب نقضت قسمتهم لكن هذا اذا كانت القسمة بالتراضى فان

كانت

كانت بقضاء القاضي تنفذ ولا تنقض لما نذكره في موضعه ان شاء الله تعالى وأما شرائط الاستحباب فانواع (منها) أن يكون عدلا أمينا عالما بالقسمة لانه لو كان غير عدل خائنا أو جاهلا بامور القسمة يخاف منه الجور في القسمة لا يجوز (ومنها) أن يكون منصوب القاضي لان قسمة غيره لا تنفذ على الصغير والغائب ولانه أجمع لشرائط الامانة والافضل أن يرزقه من بيت المال ليقسم للناس من غير أجر عليهم لان ذلك أرفق بالمسلمين فان لم يمكنه أن يرزقه من بيت المال يقسم لهم باجر عليهم ولكن ينبغي للقاضي أن يقدر له أجرة معلومة كيلا يتحكم على الناس ولو أراد الناس أن يستأجروا قساما آخر غير الذي نصبه القاضي لا يمنعهم القاضي عن ذلك ولا يجبرهم على أن يستأجروا قساما لانه لو فعل ذلك لعله لا يرضى الا باجرة كثيرة فيتضرر الناس وكذا لا يترك القسامين يشتركون في القسم لما قلنا (ومنها) المبالغة في تعديل الانصباء والتسوية بين السهام باقصى الامكان لئلا يدخل قصور في سهم وينبغي أن لا يدع حقا بين شريكين غير مقسوم من الطريق والمسيل والشرب الا اذا لم يمكن وينبغي أن لا يضم نصيب بعض الشركاء الى بعض الا اذا رضوا بالضم لانه يحتاج الى القسمة ثانيا وينبغي أن لا يدخل في قسمة الدار ونحوها الدراهم الا اذا كان لا يمكن القسمة الا كذلك لان محل القسمة الملك المشترك ولا شركة في الدراهم فلا يدخلها في القسمة الا عند الضرورة والله سبحانه وتعالى الموفق (ومنها) أن يقرع بينهم بعد الفراغ من القسمة ويشترط عليهم قبول من خرج سهمه أولا فله هذا السهم من هذا الجانب من الدار ومن خرج سهمه بعده فله السهم الذي يليه هكذا ثم يقرع بينهم لا لان القرعة يتعلق بها حكم بل لتطييب النفوس ولورود السنة بها ولان ذلك أنفى للتهمة فكان سنة والله سبحانه وتعالى أعلم واذا قسم بأجر فأجرة القسمة على عدد الرؤس عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما رحمهما الله على قدر الانصباء (وجه) قولهما ان أجرة القسمة من مؤنات الملك فيتقدر بقدره كالنفقة (وجه) قول أبي حنيفة عليه الرحمة ان الاجرة بمقابلة العمل وعمله في حق الكل على السواء فكانت الاجرة عليهم على السواء وهذا لان عمله تمييز الانصباء والتمييز عمل واحد لان تمييز القليل من الكثير هو بعينه تمييز الكثير من القليل والتفاوت في شئ واحد محال واذا لم يتفاوت العمل لا تتفاوت الاجرة بخلاف النفقة لانها بمقابلة الملك والملك يتفاوت فهو الفرق والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما الذي يرجع الى المقسوم له فأنواع (منها) أن لا يلحقه ضرر في أحد نوعي القسمة دون النوع الآخر وبيان ذلك ان القسمة نوعان قسمة جبر وهي التي يتولاها القاضي وقسمة رضا وهي التي يفعلها الشركاء بالتراضي وكل واحد منهما على نوعين قسمة تفريق وقسمة جمع (أما) قسمة التفريق فنقول وبالله تعالى التوفيق ان الذي تصادفه القسمة لا يخلو من أحد وجهين (اما) أن يكون مما لا ضرر في تبعيضه بالشريكين أصلا بل لهما فيه منفعة (واما) أن يكون مما في تبعيضه مضرة فان كان مما لا مضرة في تبعيضه أصلا بل فيه منفعة للشريكين كالمكيل والموزون والعددي المتقارب فتجوز قسمة التفريق فيها قسمة جبر كما تجوز فيها قسمة الرضا لتحقق ما شرع له القسمة وهو تكميل منافع الملك وان كان مما في تبعيضه ضرر فلا يخلو من أحد وجهين (اما) ان يكون فيه ضرر بكل واحد منهما (واما) أن يكون فيه ضرر بأحدهما نفع في حق الآخر فان كان في تبعيضه ضرر بكل واحد منهما فلا تجوز قسمة الجبر فيه وذلك نحو اللؤلؤة الواحدة والياقوتة والزمردة والثوب الواحد والسرج والقوس والمصحف الكريم والقباء والجبة والخيمة والحائط والحمام والبيت الصغير والحانوت الصغير والرحى والفرس والجمل والبقرة والشاة لان القسمة في هذه الاشياء قسمة اضرار بالشريكين جميعا والقاضي لا يملك الجبر على الاضرار وكذلك النهر والقناة والعين والبئر لما قلنا فان كان مع ذلك أرض قسمت الارض وتركت البئر والقناة على الشركة (فاما) اذا كانت أنهار الارضين متفرقة أو عيونا أو آبارا قسمت الآبار والعيون لانه لا ضرر في القسمة وكذا الباب والساحة والخشبة اذا كان في قطعهما ضرر فان كانت الخشبة كبيرة يمكن تعديل القسمة فيها من غير ضرر جازت وتجوز قسمة الرضا في هذه الاشياء بان يقتسماها بانفسهما بتراضيهما لانهما يملكان الاضرار بأنفسهما مع ما أن ذلك لا يخلو عن نوع نفع وما لا تجرى

فيه القسمة لا يجبر واحد منهما على بيع حصته من صاحبه عند عامة العلماء وقال مالك رحمه الله اذا اختصما فيه باع القاضى وقسم الثمن بينهما والصحيح قول العامة لان الجبر على ازالة الملك غير مشروع وعلى هذا طريق بين رجلين طلب أحدهما القسمة وأبى الآخر فان كان يستقيم لكل واحد منهما طريق نافذ بعد القسمة يجبر على القسمة لان القسمة تقع تحصيلا لما شرعت له وهو تكميل منافع الملك فيجبر عليها وان كان لا يستقيم لا يجبر على القسمة لانها قسمة اضرار بالشريكين فلا يليها القاضى الا اذا كان لكل واحد منهما فى نصيبه من الدار مفتح من وجه آخر فيقسم أيضاً لان القسمة فى هذه الصورة لا تقع اضرارا ولو اقتسما بانفسهما جازت لتراضيهما بالضرر وكذلك المسيل المشترك اذا طلب أحدهما القسمة وأبى الآخر وان كان بحال لو قسم يصيب كل واحد منهما بعد القسمة قدر ما يسيل ماؤه أو كان له موضع آخر يمكنه التسييل فيه يقسم وان لم يمكن لم يقسم لما ذكرنا فى الطريق وعلى هذا اذا طلب أحدهما مفتح الدار من غير رفع الطريق وأبى الآخر الا برفع الطريق أنه ان كان لكل واحد منهما مفتح آخر يفتحه فى نصيبه قسم بينهما بغير رفع الطريق لان ما هو المطلوب من القسمة وهو تكميل منافع الملك فى هذه القسمة أوفر وان لم يكن رفع بينهما طريقا وقسم الباقى لانه اذا لم يكن بينهما مفتح كانت القسمة بغير طريق تفويتا للمنفعة لا تكميلا لها فكانت اضرارا بهما وهذا لا يجوز الا اذا اقتسما بانفسهما بغير طريق فيجوز لما قلنا ولو اختلفا فى سعة الطريق وضيقه جعل الطريق على قدر عرض باب الدار وطوله على ادنى ما يكفيهما لان الطريق وضع للاستطراق والباب هو الموضوع مدخلا الى أدنى ما يكفى للاستطراق فيحكم فيه والله سبحانه وتعالى أعلم وعلى هذا اذا بنى رجلان فى ارض رجل باذنه وطلب أحدهما قسمة البناء وأبى الآخر وصاحب الارض غائب لم تقسم لان الارض المبنى عليها بينهما شائع بالاعارة أو بالاجارة فلو قسم البناء بينهما لكان لكل واحد منهما سبيل فى بعض نصيب صاحبه وفيه ضرر فلا يجبر على القسمة ولو اقتسما بالتراضى جازت وكذا لو هدمها وكانت الآلة بينهما وعلى هذا زرع بين رجلين فى ارض مملوكة لهما طلب أحدهما قسمة الزرع دون الارض فان كان الزرع قد بلغ وسنبل لا يقسم لما ذكرنا من قبل ولو طلبا جميعا لا يقسم أيضا لان المانع هو الربا وحرمة الربا لا تحتمل الارتفاع بالرضا وان كان الزرع بقلا فطلب أحدهما لا يقسم أيضا لان الارض مملوكة لهما على الشركة فلو قسم لكان كل واحد منهما بسبيل من القطع وفيه ضرر ولا جبر على الضرر ولو اقتسما بانفسهما وشرطا القطع جازت لانهما رضيا بالضرر ولو شرطا الترك لم يجز لان رقبة الارض مشتركة بينهما فكان شرط الترك منهما فى القسمة شرط الانتفاع كل واحد منهما بملك شريكه ومثل هذا الشرط مفسد للبيع فكان مفسدا للقسمة لان فيها معنى البيع وكذلك لو لم تكن الارض مملوكة لهما وكانت فى ايديهما بالاعارة أو بالاجارة والزرع بقل لا تقسم لما ذكرنا ولو اقتسما بانفسهما جازت بشرط القطع ولا تجوز بشرط الترك كالبيع على ذكرنا وكذلك طلع بين رجلين طلب أحدهما قسمة الطلع دون النخل والارض لم يقسم لما ذكرنا فى الزرع ولو اقتسما بالتراضى فان شرطا القطع جاز وان شرطا الترك لم يجز لما ذكرنا فى الزرع ولو تركه بعد القسمة باذن صاحبه فادرك وقلع فالفضل له طيب لانه وان حصل فى ملك مشترك لكنه حصل باذن شريكه فلا يكون خبيثا وان لم يأذن له يتصدق بالفضل لتمكن الخبث فيه فكان سبيله التصدق هذا اذا كان شيئاً فى تبعيضه ضرر بكل واحد من الشريكين فاما اذا كان شيئاً فى تبعيضه ضرر باحدهما دون الآخر كالدار المشتركة بين رجلين ولاحدهما فيها شقص قليل فان طلب صاحب الكثير القسمة قسمت اجماعاً لان القسمة فى حقه مفيدة لوقوعها محصلة لما شرعت له من تكميل منافع الملك وفى حق صاحب القليل تقع منعاً له من الانتفاع بنصيبه اذ لا يقدر صاحب القليل على الانتفاع بنصيبه الا بالانتفاع بنصيب صاحب الكثير لقلة نصيبه فكانت القسمة فى حقه منعاً له من الانتفاع بنصيب شريكه فجازت وان طلب صاحب القليل القسمة فقد ذكر الحاكم الجليل فى مختصره انه يقسم وذكر القدورى رحمه الله انه لا يقسم (وجه) ما ذكره الحاكم انه لا ضرر فى هذه القسمة فى حق صاحب الكثير بل له فيه منفعة فكان فى الاباء متعنتا فلا يعتبر اباؤه وصاحب القليل قد

رضى بالضرر حيث طلب القسمة فيجبر على القسمة كما اذا لم يكن فى تبعيضه ضرر باحدهما أصلا بخلاف الفصل الاول لان هناك تقع القسمة اضراراً بكل واحد منهما ولم يوجد الرضا بالضرر والقاضى لا يملك الجبر على الاضرار فهو الفرق (وجه) ماذكره القدورى رحمه الله ان صاحب القليل متعنت فى طلب القسمة لكون القسمة ضرراً محضا فى حقه فلا يعتبر طلبه وقسمة الجبر لم تشرع بدون الطلب ولو اقتسما بانفسهما جازت لماذكرنا ان صاحب القليل قد رضى بالضرر بنفسه ولا ضرر فيه لصاحب الكثير أصلا فجازت قسمتها وعلى هذا دار بين شريكين قسمت بينهما فاصاب أحدهما موضع بغير طريق شرط له فى القسمة فان كان له فيما أصابه مفتح الى الطريق جازت القسمة لانه لا مضرة له فيها اذ يمكنه الانتفاع بنصيبه بفتح طريق آخر وان لم يكن له فيما أصابه مفتح أصلا فان ذكر الحقوق فى القسمة فله حق الاختيار فى نصيب صاحبه لان الطريق من الحقوق فصار مذكوراً بذكر الحقوق وان لم يذكر لم تجز القسمة لانها قسمة اضرار فى حق أحد الشريكين وكذلك اذا قسمت بغير مسيل شرط لاحدهما ووقع المسيل فى نصيب الآخر فهو على التفصيل الذى ذكرنا فى الطريق ولو اقتسما على ان لا طريق له ولا مسيل جازت لانه رضى بالضرر والله سبحانه وتعالى أعلم وعلى هذا الاصل تخرج قسمة الجمع انه لا يجبر عليها فى جنسين لانها فى الاجناس المختلفة تقع اضراراً فى حق أحدهما فلا يجبر عليها على ماسنذكر ان شاء الله تعالى هذا الذى ذكرنا قسمة التفريق وأما قسمة الجمع فهى ان يجمع نصيب كل واحد من الشريكين فى عين على حدة وانها جائزة فى جنس واحد ولا تجوز فى جنسين لانها عند اتحاد الجنس تقع وسيلة الى ماشرعت له وهو تكميل منافع الملك وعند اختلاف الجنس تقع تفويتا للمنفعة لا تكميلا لها اذا عرفت هذا فنقول لا خلاف فى الامثال المتساوية وهى المكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة من جنس واحد تقسم قسمة جمع لانه يمكن استيفاء ماشرعت له القسمة فيها من غير ضرر لانعدام التفاوت وكذلك تبر الذهب وتبر النحاس وتبر الحديد لما قلنا وكذلك الثياب اذا كانت من جنس واحد كالهروية وكذلك الابل والبقر والغنم لان التفاوت عند اتحاد الجنس والمطلوب لا يتفاحش بل يقل والتفاوت القليل ملحق بالعدم او يجبر بالقيمة فيمكن تعديل القسمة فيه وكذلك اللآلىء المنفردة وكذا اليواقيت المنفردة لما قلنا وكذا لا خلاف فى انه لا يقسم فى جنسين من المكيل والموزون والمذروع والعددى قسمة جمع كالحنطة والشعير والقطن والحديد والجوز واللوز والثياب البردية والمروية وكذلك اللآلىء واليواقيت وكذا الخيل والابل والبقر والغنم وكذا اذا كان من كل جنس فرد كبرذون وجمل وبقرة وشاة وثوب وقباء وجبة وقميص ووسادة وبساط لان هذه الاشياء لو قسمت على الجمع كان لا يخلو من أحد وجهين اما ان تقسم باعتبار أعيانها واما ان تقسم باعتبار قيمتها بان يضم الى بعضها دراهم اودنانير لا سبيل الى الاول لان فيه ضرراً باحدهما لكثرة التفاوت عند اختلاف الجنس والقاضى لا يملك الجبر على الضرر ولا سبيل الى الثانى لان ذلك قسمة فى غير محلها لان محلها الملك المشترك ولم يوجد فى الدراهم ولو اقتسما بانفسهما أو تراضيا على ذلك جازت القسمة حتى لو اقتسما ثوبين مختلفى القيمة وزاد مع الاوكس دراهم مسماة جاز وكذا فى سائر المواضع ويكون ذلك قسمة الرضا لا قسمة القضاء وكذا الاوانى سواء اختلفت أصولها أو اتحدت لانها بالصناعة أخذت حكم جنسين حتى جاز بيع الاوانى الصغار واحداً باثنين وأما الرقيق فلا يقسم عند أبى حنيفة رحمه الله قسمة جمع وعندهما يقسم (وجه) قولهما ان الرقيق على اختلاف أوصافها وقيمتها جنس واحد فاحتمل القسمة كسائر الحيوانات من الابل والبقر والغنم ومافيها من التفاوت يمكن تعديله بالقيمة (وجه) قول أبى حنيفة انه لم يوجد شرط جواز القسمة وجواز التصرف بدون شرط جوازه محال وبيان ذلك على نحو ماذكرنا انا لو قسمناها رقا باعتبار أعيانها فقد اضررنا باحدهما لتفاحش التفاوت بين عبد وعبد فى المعانى المطلوبة من هذا الجنس فكانا فى حكم جنسين مختلفين ومن شرط جواز هذه القسمة ان لا تتضمن ضرراً بالمقسوم عليه ولو قسمناها باعتبار القيمة لوقعت القسمة فى غير محلها لان محلها الملك المشترك ولا شركة فى القيمة والمحلية من شرائط صحة التصرف فصح ماذكرنا ولو اقتسما بانفسهما جاز

لتراضيهما بالضرر وكذا لو كان مع الرقيق غيره قسم كذا ذكره فى كتاب القسمة لانه ان كان لا يحتمل القسمة مقصوداً فيجعل تبعا لما يحتملها فيقسم بطريق التبعية كالشرب والطريق انه لا يجوز بيعهما مقصوداً ثم يدخلان فى البيع تبعا للنهر والارض كذا هذا وذكر الجصاص ان المذكور فى الاصل محمول على قسمة الرضا وأما قسمة القضاء فلا تجوز وان كان مع غيره لان غير المقسوم ليس تبعا للمقسوم بل هو أصل بنفسه بخلاف الشرب والطريق وكذلك الدور عند أبى حنيفة لا تقسم قسمة جمع حتى لو كان بين رجلين داران تقسم كل واحدة على حدتها سواء كانتا منفصلتين أو متلاصقتين وعندهما ينظر القاضى فى ذلك ان كان الاعدل فى الجمع جمع وان كان الاعدل فى التفريق فرق وكذا لو كان بينهما أرضان او كرمان فهو على الاختلاف وأما البيتان فيقسمان قسمة جمع اجماعاً متصلين كانا او منفصلين وكذا المنزلان المتصلان وأما المنفصلان فى دار واحدة فعلى الخلاف وجه قولهما ان الدور كلها جنس واحد والتفاوت الذى بين الدارين يمكن تعديله بالقيمة فيفوض الى رأى القاضى ان رأى الاعدل فى التفريق فرق وان رأى الاعدل فى الجمع جمع (ولابى) حنيفة رحمه الله على نحو ماذكرنا فى الرقيق ان القسمة فيها باعتبار أعيانها ويقع ضرر التفاوت متفاحشاً بين دار ودار لاختلاف الدور فى أنفسها واختلافها باختلاف البناء والبقاع فكانا فى حكم جنسين مختلفين والقسمة فيها باعتبار القيمة تقع تصرفا فى غير محله فلا يصح ولو اقتسما بانفسهما أو بالقاضى بتراضيهما جاز لما مر والله سبحانه وتعالى أعلم وأما دار وضيعة أو دار وحانوت فلا تجمع بالاجماع بل يقسم كل واحد على حدة لاختلاف الجنس ومنها الطلب فى أحد نوعى القسمة وهو قسمة الجبر حتى انه لو لم يوجد الطلب من أحد من الشركاء أصلا لم تجز القسمة لان القسمة من القاضى تصرف فى ملك الغير والتصرف فى ملك الغير من غير إذنه محظور فى الاصل الا انه عند طلب البعض يرتفع الحظر لانه اذا طلب علم انه له فى استيفاء هذه الشركة ضرراً اذ لو كان الطلب لتكميل المنفعة لطلب صاحبه وكان عليه ان يمتنع من الاضرار ديانة فاذا ابى القسمة علم انه لا يمتنع فيدفع القاضى ضرره بالقسمة فكانت القسمة فى هذه الصورة من باب دفع الضرر والقاضى نصب له ونظيره الشفعة فان الشفيع يتملك الدار على المشترى بالشفعة من غير رضاه دفعا لضرره لانه لما طلب الشفعة علم انه يتضرر بجواره فالشرع دفع ضرره عنه باثبات حق التمليك بالشفعة جبراً عليه كذا هذا (ومنها) الرضا فى أحد نوعى القسمة وهو رضا الشركاء فيما يقتسمونه بانفسهم اذا كانوا من أهل الرضا أو رضا من يقوم مقامهم اذا لم يكونوا من أهل الرضا فان لم يوجد لا يصح حتى لو كان فى الورثة صغير لا وصى له أو كبير غائب فاقتسموا فالقسمة باطلة لما ذكرنا ان القسمة فيها معنى البيع وقسمة الرضا أشبه بالبيع ثم لا يملكون البيع الا بالتراضى فكذا القسمة الا اذا لم يكونوا من أهل الرضا كالصبيان والمجانين فيقسم الولى أو الوصى اذا كان فى القسمة منفعة لهم لانهما يملكان البيع فيملكان القسمة وكذا اذا كان فيهم صغير وله ولى أو وصى يقتسمون برضا الولى أو الوصى فان لم يكن نصب القاضى عن الصغير وصيا واقتسموا برضاه فان أبى ترافعوا الى القاضى حتى يقسم بينهم ومنها حضرة الشركاء أو من يقوم مقامهم فى نوعى القسمة حتى لو كان فيهم كبير غائب لا تجوز القسمة أصلا ولا يقسم القاضى أيضا اذا لم يكن عنه خصم حاضر ولكنه لو قسم لا ينقض قسمته لانه صادف محل الاجتهاد فلا ينقض ومنها البينة فى قسمة القضاء فى الاقرار بميراث الاقرار عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما ليست بشرط ويقسم باقرارهم فنقول جملة الكلام فى بيان هذين الشرطين ان جماعة اذا جاؤا الى القاضى وهم عقلاء بالغون أصحاء فى أيديهم مال فاقروا انه ملكهم وطلبوا القسمة من القاضى فهذا لا يخلو فى الاصل من أحد وجهين (اما) ان يقروا بالملك مطلقا عن ذكر سبب واما ان يقروا بالملك بسبب ادعوا انتقال الملك به من أحد وكل وجه على وجهين (اما) ان يكون المال الذى فى أيديهم منقولا واما أن يكون عقاراً فان أقروا بالملك مطلقاً عن سبب الانتقال قسم باقرارهم ويذكر فى الاشهاد فى كتاب الصك إنى قسمت باقرارهم ولم أقض فيه على أحد ولا يطلب منهم البينة على أصل الملك منقولا

كان

كان المال أو عقاراً اذا لم يكن فيهم كبير غائب لانه وجد دليل الملك وهو اليد والاقرار من غير منازع ولا دعوى انتقال الملك من أحد اليه فان كان فيهم كبير غائب لم يقسم لما ذكرنا ان حضرة الشركاء أو من يقوم مقامهم شرط ولم يوجد لان الخصوم فى هذا الموضع لا يصلحون خصما عن الغائب وان أقروا بالملك بسبب الميراث بأن قالوا هو بيننا ميراث عن فلان فان كان المال منقولا قسم بينهم باقرارهم بالاجماع ولا تطلب منهم البينة وان كان فيهم كبير غائب بعد ان كان الحاضر ان اثنين كبيرين أو أحدهما صغير قد نصب عنه وصى وان كان المال عقاراً فلا يقسم عند أبى حنيفة رحمه الله حتى يقيموا البينة على موت فلان وعلى عدد الورثة وعند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله يقسم بينهم باقرارهم ويشهد على ذلك فى الصك (وجه) قولهما أن محل قسمة الملك المشترك وقد وجد لوجود دليل الملك وهو اليد والاقرار بالارث من غير منازع فصادفت القسمة محلها فيقسم ويكتب انه قسم باقرارهم كما فى المنقول ولان البينة انما تقام على منكر والكل مقرون فعلى من تقام البينة (وجه) قول أبى حنيفة ان هذه قسمة صادفت حق الميت بالابطال فلا تصح الا ببينة كدعوى الاستحقاق على الميت وبيان ذلك ان الدار قبل القسمة مبقاة على حكم ملك الميت بدليل ان الزوائد الحادثة قبل القسمة تحدث على ملكه حتى لو كانت التركة شجرة فاثمرت كان الثمر له حتى تقضى منه ديونه وتنفذ منه وصاياه فكانت القسمة تصرفا على ملكه بالابطال فلا يجوز الا ببينة بخلاف المنقول لان القسمة ليس قطعاً لحق الميت بل هى حفظ حق الميت لان المنقول محتاج الى الحفظ والقسمة نوع حفظ له وأما العقار فمستغن عن الحفظ فبقيت قسمته قطعاً لحقه فلا يملك الا ببينة وأما قولهما لا منكر ههنا فعلى من تقام البينة (قلنا) تقام على بعض الورثة من البعض وان كانوا مقرين وذلك جائز كالاب أو الوصى اذا أقر على الصغير لا يصح اقراره الا بالبينة ولا منكر ههنا كذا هذا هذا اذا أقروا بالملك بسبب الارث فان أقروا به بسبب الشراء من فلان الغائب فان كان المال منقولا قسم بينهم باقرارهم بلا خلاف وان كان عقاراً ذكر فى ظاهر الرواية انه يقسم باقرارهم ولا تطلب منهم البينة على الشراء من فلان وفرق بين الشراء و بين الميراث وروى عن أبى حنيفة رضى الله عنه انه لا يقسم الا بالبينة كالميراث (وجه) هذه الرواية انهم لما أقروا انهم ملكوه بالشراء من فلان فقد أقروا بالملك له وادعوا الانتقال اليهم من جهته فاقرارهم مسلم ودعواهم ممنوعة ومحتاجة الى الدليل وهو البينة (وجه) ظاهر الرواية وهو الفرق بين الشراء و بين الميراث ان امتناع القسمة فى المواريث بنفس الاقرار لما يتضمن من ابطال حق الميت وذلك منعدم فى باب البيع اذ لا حق باق للبائع فى المبيع بعد البيع والتسليم فصادفت محلها فصحت هذا اذا لم يكن فى الورثة كبير غائب أو صغير حاضر فان كان فأقروا بالميراث فلا يشكل عند أبى حنيفة رضى الله عنه أنه لا يقسم باقرارهم لانه لا يقسم بين الكبار الحضور فكيف يقسم ههنا وأما عندهما فينظر ان كانت الدار فى يد الكبار الحضور يقسم بينهم لما بينا و يضع حصة الغائب على يد عدل يحفظه لان بعض الورثة خصم من البعض و ينصب عن الصغير وصيا وان كانت الدار فى يد الغائب الكبير أو فى يد الحاضر الصغير أو فى أيديهما منها شئ لا يقسم حتى تقوم البينة على الميراث وعدد الورثة بالاجماع لانه اذا كان فى يده من الدار شئ فالحاجة الى استحقاق ذلك من يده فلا يصح الا ببينة هذا اذا لم تقم البينة على ميراث العقار فاما اذا قامت البينة عليه وطلبوا القسمة فانه ينظر ان كان الحاضر اثنين فصاعدا والغائب واحداً أو أكثر وفيهم صغير حاضر فانه يقسم و يعزل نصيب كل كبير وصغير فيوكل وكيلا يحفظه بخلاف الملك المطلق اذا حضر شريكان وشريك غائب أنه لا يقسم (ووجه) الفرق ما ذكرنا أن قسمة العقار تصرف على الميت وقضاء عليه بقطع حقه عن التركة وكل واحد من الورثة قائم مقام الميت فيما له وعليه ولهذا يرد كل واحد منهم بالعيب و يرد عليه فاذا كان الحاضر اثنين فصاعدا أمكن ان يجعل أحدهما خصما عن الميت فى القضاء عليه والآخر مقضيا له فتصح القسمة وان كان الحاضر واحداً والباقون غيباً لم يقسم لانه لا يمكن أن يجعل هو خصما عن الميت حتى تسمع البينة عليه لاستحالة كون الشخص الواحد فى زمان واحد بجهة واحدة مقضيا له وعليه وان كان مع الحاضر وارث

صغير نصب القاضي عنه وصيا وقسم لان القسمة ههنا ممكنة لوجود متقاسمين حاضرين واذا قسم المنقول بين الورثة باقرارهم أو العقار بالبينة عند أبي حنيفة رحمه الله وفيهم كبير غائب فعزل نصيبه ووضعه على يدي عدل ثم حضر الغائب فان أقر كما أقروا أولئك فقد مضى الامر وان أنكر ترد القسمة في المنقول بالاجماع وكذلك في العقار عند أبي يوسف ومحمد وعند أبي حنيفة عليه الرحمة في العقار لا ترد القسمة لان القسمة المبنية على البينة قد تقدمت على الغائب فلا يعتبر إنكاره ولو كانت الدار ميراثا وفيها وصية بالثلث وبعض الورثة غائب فطلب الموصى له بالثلث القسمة بعد ما أقام البينة على الميراث والثلث قسم لان الموصى له بمنزلة واحد من الورثة فاذا كان معه وارث حاضر فكانه حضر اثنان من الورثة ولو كان كذلك قسم وان كان الباقون غيبا كذا هذا والله سبحانه وتعالى أعلم ومنها ان يكون المقسوم عليه مالكا للمقسوم وقت القسمة وهو ان يكون له فيه ملك فان لم يكن لم تجز القسمة لما سنذكره ان شاء الله تعالى

﴿ فصل ﴾ وأما الذي يرجع الى المقسوم فواحد وهو ان يكون المقسوم مملوكا للمقسوم له وقت القسمة فان لم يكن لا تجوز القسمة لان القسمة افراز بعض الانصباء ومبادلة البعض وكل ذلك لا يصح الا في المملوك وعلى هذا اذا استحقت العين المقسومة تبطل القسمة في الظاهر وفي الحقيقة تبين انها لم تصح ولو استحق شئ منها تبطل في القدر المستحق ثم قد تستأنف القسمة وقد لا تستأنف ويثبت الخيار وقد لا يثبت وبيان هذه الجملة انه اذا ورد الاستحقاق على المقسوم لا يخلو الامر فيه من أحد وجهين اما ان ورد على كله واما ان ورد على جزء فان ورد على كل المقسوم تبطل القسمة وفي الحقيقة لم تصح من الاصل لانعدام شرط الصحة وهو الملك المشترك فتستأنف القسمة وان ورد على جزء من المقسوم لا يخلو من أحد وجهين أيضا اما ان ورد على جزء شائع منه واما ان ورد على جزء معين من أحد النصيبين فان ورد على جزء شائع لا يخلو من أحد وجهين أيضا اما ان ورد على جزء شائع من النصيبين جميعا واما ان ورد على جزء شائع من أحد النصيبين دون الآخر فان ورد على جزء شائع من النصيبين جميعا كالدار المشتركة بين رجلين نصفين اقتسماها فاخذ أحدهما ثلثا من مقدمها وأخذ الآخر ثلثين من مؤخرها وقيمتهما سواء بان كانت قيمة كل واحد منهما ستمائة درهم مثلا فاستحق نصف الدار فاستأنف القسمة بالاجماع لانه بالاستحقاق تبين ان نصف الدار شائعا ملك المستحق فتبين ان القسمة لم تصح في النصف الشائع وذلك غير معلوم فبطلت القسمة أصلا وان استحق نصف نصيب صاحب المقدم شائعا تستأنف القسمة أيضا عند أبي يوسف رحمه الله لانه ظهر ان المستحق شريكهما في الدار فظهر ان قسمتهما لم تصح دونه فتستأنف القسمة كما اذا ورد الاستحقاق على نصف الدار شائعا وعند أبي حنيفة ومحمد عليهم الرحمة له الخيار ان شاء أمسك ما في يده ورجع بباقي حصته وهو مثل ما استحق في نصيب الآخر وان شاء فسخ القسمة لان بالاستحقاق ظهر ان القسمة لم تصح في القدر المستحق لا فيما وراءه لان المانع من الصحة انعدام الملك وذلك في القدر المستحق لا في ما وراءه وليس من ضرورة انعدام الصحة في القدر المستحق انعدامها في الباقي لان معنى القسمة وهو الافراز والمبادلة لم ينعدم باستحقاق هذا القدر في الباقي فلا تبطل القسمة في الباقي بخلاف ما اذا استحق نصف الدار شائعا لان هناك وان ورد الاستحقاق على النصف فاوجب بطلان القسمة فيه مقصوداً لكن من ضرورته بطلان القسمة في الباقي لانعدام معنى القسمة في الباقي أصلا وههنا لم ينعدم فلا تبطل لكن يثبت الخيار ان شاء رجع بباقي حصته في نصيب شريكه وذلك مثل نصف المستحق لان القدر المستحق من النصيبين جميعا فيرجع عليه بذلك وهو ربع نصيبه ان شاء وان شاء فسخ القسمة لاختلاف معناها ولدخول عيب الشركة اذ الشركة في الاعيان المجتمعة عيب والعيب يثبت الخيار وذكر الطحاوي رحمه الله الخلاف في المسئلة بين أبي حنيفة وصاحبيه ولو كان صاحب المقدم باع نصف ما في يده واستحق النصف الباقي فانه يرجع على صاحبه بربع ما في يده عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف يغرم نصف قيمة ما باع لشريكه ويضمه الى ما في يد شريكه ويقتسمان نصفين (وجه) قول أبي يوسف ما بينا ان بالاستحقاق ظهر ان القسمة لم تصح أصلا

وان البيع كان فاسداً فيضمن نصف قيمة ماباع شريكه ثم يقتسمان الباقى نصفين (وجه) قولهما ماذكرنا فى المسئلة المتقدمة الا أن ههنا لا يثبت خيار الفسخ لمانع وهو البيع فيرجع على صاحبه بربع مافى يده ولو استحق نصف معين من أحد النصيبين لا تبطل القسمة بالاجماع لماذكرنا فى المسائل المتقدمة بل أولى لان الاستحقاق ههنا ورد على جزء معين فلا يظهر ان المستحق كان شريكا لهما فلا تبطل القسمة لكن يثبت الخيار والمستحق عليه ان شاء نقض القسمة لان الاستحقاق أوجب انتقاض المعقود عليه والانتقاض فى الاعيان المجتمعة عيب فيثبت الخيار وان شاء رجع على صاحبه بربع مافى يده لما بينا أن القدر المستحق من النصيبين جميعا ولو استحق كل مافى يده لرجع عليه بالنصف فاذا استحق النصف يرجع بالربع والله سبحانه وتعالى أعلم وعلى هذا مائة شاة بين رجلين اقتسماها فأخذ أحدهما أربعين تساوى خمسمائة درهم وأخذ الآخر ستين تساوى خمسمائة درهم فاستحقت شاة من الاربعين تساوى عشرة دراهم لم تبطل القسمة بالاجماع لانه تبين أن القسمة صادفت المملوك فيما وراء القدر المستحق والمستحق معين فلا تظهر الشركة هذا أصلا فلا تبطل القسمة ولكن يرجع على شريكه بحقه وهو خمسة دراهم لان المستحق من النصيبين جميعا عشرة دراهم والله سبحانه وتعالى أعلم كر حنطة بين رجلين نصفان عشرة منه طعام جيد وثلاثون ردىء فاقتسماه فأخذ أحدهما عشرة أقفزة جيدة وثوبا وأخذ الآخر ثلاثين رديئا حتى جازت القسمة فاستحق من الثلاثين عشرة أقفزة يرجع على صاحبه بنصف الثوب استحسانا والقياس ماذكره فى الزيادات انه يرجع عليه بثلث الثوب وثلث الطعام الجيد ووجهه أن الاستحقاق ورد على عشرة شائعة فى الثلاثين فكان المستحق فى الحقيقة من كل عشرة ثلثها وذلك يوجب الرجوع بثلث الطعام الجيد وجه الاستحسان أن طريق جواز هذه القسمة أن تكون العشرة بمقابلة العشرة والعشرون بمقابلة الثوب فاذا استحق منه عشرة وانه بمقابلة نصف الثوب فيرجع عليه بنصف الثوب وقوله للمستحق عشرة شائعة فى الثلاثين لا العشرة المعينة وهى التى من حصة الثوب فنعم هذا هو الحقيقة الا أنا لو عملنا بهذه الحقيقة لاحتجنا الى نقض القسمة واعادتها ولو صرفنا الاستحقاق الى عشرة هى من حصة الثوب لم نحتج الى ذلك وتصرف العاقل تجب صيانته عن النقض والابطال ما أمكن وذلك فيما قلناه وعلى هذا أرض بين رجلين نصفين قسمت ثم استحق أحد النصيبين وقد بنى صاحبه فيه بناء أوغرس غرسا فنقض البناء وقلع الغرس لم يرجع المستحق عليه على صاحبه بشىء من قيمة البناء والغرس والاصل فيه أن كل قسمة وقعت باجبار القاضى أو باختيار الشريكين على الوجه الذى يجبرهما القاضى لو ترافعا اليه ثم استحق أحد النصيبين وقد بنى صاحبه فيه بناء أوغرس غرسا فنقض وقلع لا يرجع بشىء من ذلك على صاحبه لان صاحبه مجبور على القسمة من جهة القاضى فيكون مضافا الى القاضى أما اذا وقعت القسمة باجبار القاضى فلا شك فيه وكذا اذا اقتسما بانفسهما لان ذلك قسمة جبر من حيث المعنى لدخولها تحت جبر القاضى عند المرافعة اليه واذا كان مجبوراً عليه فلم يوجد منه ضمان السلامة فلا يؤاخذ بضمان الاستحقاق اذ هو ضمان السلامة ونظير هذا الشفيع اذا أخذ العقار من المشترى بالشفعة وبنى فيه أوغرس ثم استحق وقلع البناء لا يرجع بقيمة البناء على المشترى لانه ما ملكه باختياره بل أخذ منه جبراً وكذلك قال محمد فى الجارية المأسورة اذا اشتراها رجل من أهل الحرب ثم أخذها المالك القديم فاستولدها ثم استحقها رجل لا يرجع بقيمة الولد على الذى أخذها من يده لانه لم يأخذها منه باختياره بل كرها وجبرا وكذلك الاب اذا وطىء جارية ابنه فأعلقها ثم استحقها رجل لا يرجع بقيمة الولد على الابن لانه تملكها من غير اختيار الابن وقال أبو يوسف اذا غصب جارية فأبقت من يده فأدى ضمانها ثم عادت الجارية فاستولدها الغاصب ثم استحقت له أن يرجع بقيمة الولد على المولى لانه كان مختارا فى أخذ القيمة من الغاصب فكان ضامناً السلامة فيرجع عليه بحكم الضمان وعلى هذا داران أوأرضان بين رجلين اقتسما فأخذ كل واحد منهما احداهما وبنى فيها ثم استحقت رجع بنصف قيمة البناء عند أبى حنيفة لان القاضى لا يجبر على قسمة الجمع فى الدور والعقارات عنده فاذا اقتسما بأنفسهما كانت القسمة منهما مبادلة

فاشبهت البيع فكان كل واحد منهما ضامنا سلامة النصف لصاحبه فاذا لم يسلم يرجع عليه بحكم الضمان كما فى البيع وأما عندهما فقد اختلف المشايخ فيه قال بعضهم لا يرجع لان القاضى يجبر على هذه القسمة عندهما فاشبه استحقاق النصف من دار واحدة وقال بعضهم يرجع وعليه اعتمد القدورى عليه الرحمة وهو الصحيح لان القاضى انما يجبر على قسمة الجمع ههنا عندهما اذا رأى الجمع أعدل ولا يعرف ذلك من رأى القاضى اذا فعلا بأنفسهما ولو كانتا جاريتين فأخذ كل واحد منهما جارية فاستولدها ثم استحقت رجع على شريكه بالنصف عند أبى حنيفة لان القاضى لا يجبر على قسمة الرقيق عنده فاذا اقتسما بتراضيهما أشبه البيع على ماذكرنا وأما عندهما فينبغى أن لا يرجع كذا ذكره القدورى عليه الرحمة وفرق بين الرقيق و بين الدور و بينهما فرق لان القاضى هناك لا يجبر على الجمع عينا ولكنه يراعى الاعدل فى ذلك من التفريق والجمع وههنا يجبر على الجمع لتعذر التفريق فلم يوجد ضمان السلامة من صاحبه فلا يرجع عليه والله سبحانه وتعالى أعلم وعلى هذا الاصل اذا اقتسم قوم دارا وفيها كنيف شارع على الطريق أوظله فان كان على طريق العامة لا يحسب ذرع الكنيف والظل من ذرع الدار لان رقبة الارض ليست بمملوكة لاحد بل هى حق العامة وان كان على طريق غير نافذ يحسب ذلك من ذرع الدار لان له فى السكة مسلكا فاشبه علو البيت والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما صفات القسمة فانواع منها أن تكون عادلة غير جائرة وهى أن تقع تعديلا للانصباء من غير زيادة على القدر المستحق من النصيب ولا نقصان عنه لان القسمة افراز بعض الانصباء ومبادلة البعض ومبنى المبادلات على المراضاة فاذا وقعت جائرة لم يوجد التراضى ولا افراز نصيبه بكماله لبقاء الشركة فى البعض فلم تجز وتعاد وعلى هذا اذا ظهر الغلط فى القسمة المبادلة بالبينة أو بالاقرار تستأنف لانه ظهر أنه لم يستوف حقه فظهر أن معنى القسمة لم يتحقق بكماله ولو ادعى أحد الشريكين الغلط فى القسمة فهذا لا يخلو من أحد وجهين اما ان كان المدعى أقر باستيفاء حقه واما ان كان لم يقر بذلك فان كان قد أقر باستيفاء حقه لا يسمع منه دعوى الغلط لكونه مناقضا فى دعواه لان الاقرار باستيفاء الحق اقرار بوصول حقه اليه بكماله ودعوى الغلط اخبار أنه لم يصل اليه حقه بكماله فيتناقض وان كان لم يقر باستيفاء حقه لا تعاد القسمة بمجرد الدعوى لان القسمة قد صحت من حيث الظاهر فلا يجوز نقضها الا بحجة فان أقام البينة أعيدت القسمة لما قلنا وان لم تقم له بينة وانكر شريكه فأراد استحلافه حلفه على ما ادعى من الغلط لانه يدعى عليه حقا هو جائز الوجود والعدم وهو ينكر فيحلف و بيان ذلك دار بين رجلين اقتسما واستوفى كل واحد منهما حقه ثم ادعى أحدهما غلطاً فى القسمة لا تعاد القسمة ولكن يسأل البينة على الغلط فان أقام البينة والا فيحلف شريكه ان شاء لما قلنا فان حلف أحد الشريكين ونكل الآخر فان كان الشركاء ثلاثة يجمع بين نصيب المدعى و بين نصيب الناكل فيقسم بينهما على قدر نصيبهما لان نكوله دليل كون المدعى صادقا فى دعواه فى حقه فكان حجة فى حقه لا فى حق الشريك الحالف فلم تصح القسمة فى حقهما فتعاد فى قدر نصيبهما وكذلك لو ادعى الغلط بعد القسمة والقبض فى المكيلات والموزونات والمذروعات ولو كان بين رجلين داران اقتسماهما فأخذ كل واحد منهما دارا ثم ادعى أحدهما الغلط فى القسمة وأقام البينة على ذلك فالقسمة باطلة عند أبى حنيفة عليه الرحمة وعندهما لا تبطل ولكن يقضى للمدعى بذلك الذرع من الدار الاخرى و بنوا هذه المسئلة على بيع ذراع من دار انه لا يجوز عنده وعندهما جائز و وجه البناء ان قسمة الجمع فى الدور بالتراضى جائزة بلا خلاف ومعنى المبادلة وان كان لازما فى نوعى القسمة لكن هذا النوع بالمبادلات أشبه واذا تحققت المبادلة صح البناء والله سبحانه وتعالى أعلم ولو اقتسما دارا بينهما فأخذ كل واحد منهما طائفة ثم ادعى أحدهما بيتا فى يد صاحبه انه وقع فى قسمته وأقام بينة سمعت بينته وان أقاما جميعا البينة أخذت بينة المدعى لانه خارج وان كان قبل الاشهاد والقبض تحالفا وترادا وكذا لو اختلفا فى الحدود فادعى كل واحد منهما حدا فى يد صاحبه أنه أصابه وأقام البينة قضى لكل واحد منهما بالحد الذى فى يد صاحبه لان كل

واحد

واحدمنهما عما فى يد صاحبه خارج وان قامت لاحدهما بينة يقضى ببينته وان لم تقم لهما بينة تحالفا وهل ينفسخ العقد
بنفس التحالف أم يحتاج فيه الى فسخ القاضى اختلف المشايخ فيه على ما عرف فى البيوع ولو اقتسم رجلان اقرحة
فأخذ أحدهما اقراحين والآخر أربعة ثم ادعى صاحب القراحين أن أحد الاقرحة الاربعة أصابه فى قسمته
وأقام البينة قضى له به لما قلنا وكذلك هذا فى أثواب اقتسماها فأخذ كل واحد بعضها ثم ادعى أحدهما أن أحد
الاثواب الذى فى يد صاحبه أصابه فى قسمته وأقام البينة قضى له به ولو ادعى كل واحد منهما على صاحبه ثوبا مما فى
يده أنه أصابه فى قسمته وأقام البينة قضى لكل واحد منهما بما فى يد الآخر لان كل واحد منهما عما فى يد صاحبه
خارج ولو اقتسما مائة شاة فأصاب أحدهما خمسة وخمسين وأصاب الآخر خمسة وأربعين ثم ادعى صاحب
الاوكس الغلط فى القسمة أو الخطأ فى التقويم لم تقبل منه الا ببينة ولو قال أخطأنا فى العدد وأصاب كل واحد منا
خمسين وهذه الخمسة فى قسمته وأنكر الآخر تحالفا وان أقام كل واحد منهما البينة ردت القسمة ولو قال أحدهما
لصاحبه أخذت أنت احدى وخمسين غلطاً وأخذت أنا تسعة وأربعين وقال الآخر ما أخذت الا خمسين فالقول
قوله مع يمينه لانه منكر لاستيفاء الزيادة على حقه والله سبحانه وتعالى أعلم وعلى هذا الاصل تخرج قسمة عرصة
الدار بالذرع أنه يحسب فى القسمة كل ذراعين من العلو بذراع من السفل عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف يحسب
ذراع من السفل بذراع من العلو وعند محمد يحسب على القيمة دون الذرع زعم كل واحد منهم ان التعديل فيما يقوله
والخلاف فى هذه المسئلة بين أبى حنيفة و بين أبى يوسف مبنى على الخلاف فى مسئلة أخرى وهى أن صاحب العلو
ليس له أن يبنى على العلو من غير رضا صاحب السفل وان لم يضر بصاحب السفل من حيث الظاهر عند أبى حنيفة
وعند أبى يوسف له أن يبنى ان لم يضر البناء به ووجه البناء أن صاحب العلو اذا لم يملك البناء على علوه عند أبى حنيفة
رحمه الله كان للعلو منفعة واحدة وهى منفعة السكنى فحسب وللسفل منفعتان منفعة السكنى ومنفعة البناء عليه وكذا
السفل كما يصلح للسكنى يصلح لجعل الدواب فيه فأما العلو فلا يصلح الا للسكنى خاصة فكان للسفل منفعتان وللعلو
منفعة واحدة فكانت القسمة عنده على الثلث والثلثين وعند أبى يوسف لما ملك صاحب العلو ان يبنى على علوه كانت
له منفعتان أيضاً فاستوى العلو والسفل فى المنفعة فوجب التعديل بالسوية بينهما فى الذرع وأما محمد فانما اعتبر القيمة
لان أحوال البلاد وأهلها فى ذلك مختلفة فمنهم من يختار السفل على العلو ومنهم يختار العلو على السفل فكان التعديل
فى اعتبار القيمة والعمل فى المسألة على قول محمد رحمه الله وهو اختيار الطحاوى رحمه الله و يحتمل أن أبا حنيفة انما فضل
السفل على العلو بناء على عادة أهل الكوفة من اختيارهم السفل على العلو وأبو يوسف انما سوى بينهما على عادة أهل
بغداد لاستواء العلو والسفل عندهم فأخرج كل واحد منهما الفتوى على عادة أهل زمانه ومحمد بنى الفتوى على المعلوم
من اختلاف العادات باختلاف البلدان فكان الخلاف بينهم من حيث الصورة لا من حيث المعنى والله سبحانه
وتعالى أعلم و بيان ذلك فى سفل بين رجلين وعلو من بيت آخر بينهما أرادا قسمتهما يقسم البناء على القيمة بلا
خلاف وأما العرصة فتقسم بالذرع عند أبى حنيفة وأبى يوسف وعند محمد بالقيمة ثم اختلف أبو حنيفة وأبو يوسف
فيما بينهما فى كيفية القسمة بالذرع فعند أبى حنيفة ذراع بذراعين على الثلث والثلثين وعند أبى يوسف ذراع بذراع
ولو كان بينهما بيت تام علو وسفل وعلو من بيت آخر فعند أبى حنيفة يحسب فى القسمة كل ذراع من العلو والسفل
بثلاثة أذرع من العلو ارباعا عنده لما ذكرنا من الاصل فكانت القسمة ارباعا وعند أبى يوسف ذراع من السفل والعلو
بذراعين من العلو لاستواء السفل والعلو عنده فكانت القسمة اثلاثا ولو كان بينهما بيت تام سفل وعلو وسفل آخر
فعند أبى حنيفة يحسب فى القسمة كل ذراع من السفل والعلو بذراع ونصف من السفل وذراع من سفل البيت
بذراع من السفل الآخر وذراع من علوه بنصف ذراع من السفل الآخر وعند أبى يوسف ذراع من التام بذراعين
من السفل والله تعالى أعلم وعلى هذا الاصل يخرج ما اذا اقتسما داراً وفضلا بعضها على بعض بالدراهم أو الدنانير

لفضل قيمة البناء والموضع أن القسمة جائزة لانها وقعت عادلة من حيث المعنى لان الدار قد يفضل بعضها على بعض بالبناء والموضع فكان ذلك تفضيلا من حيث الصورة تعديلا من حيث المعنى ولو لم يسميا قيمة فضل البناء وقت القسمة جازت القسمة استحسانا وتجب قيمة فضل البناء وان لم يسمياها فى القسمة والقياس أن لا تجوز القسمة لان هذه قسمة بعض الدار دون بعض لان العرصة مع البناء بمنزلة شىء واحد وقسمة البناء بالقيمة فاذا وجدت القسمة مجهولة فوقعت القسمة للعرصة دون البناء بقيت وانها غير جائزة وجه الاستحسان أن قسمة العرصة قد صحت بوقوعها فى محلها وهو الملك ولا صحة لها الا بقسمة البناء وذلك بالقيمة فتجب على صاحب الفضل قيمة فضل البناء وان لم يسم ضرورة صحة القسمة والله سبحانه وتعالى أعلم وعلى هذا الاصل تخرج أيضا قسمة الجمع فى الاجناس المختلفة انها غير جائزة جبرا بالاجماع لتعذر تعديل الانصباء الا بالقيمة وانها ليست محل القسمة على ما مر ولا يجوز فى الرقيق والدور عند أبى حنيفة رحمه الله لانها فى حكم الاجناس المختلفة ولا تقع القسمة فيها عادلة أو جائزة ولا تقسم الاولاد فى بطون الغنم لتعذر التعديل وعلى هذا يخرج رد المقسوم بالعيب فى نوعى القسمة لانه اذا ظهر به عيب فقد ظهر انها وقعت جائرة لا عادلة فكان له حق الرد بالعيب كما فى البيع ولو امتنع الرد بالعيب لوجود المانع منه يرجع بالنقصان كما فى البيع الا أن فى البيع يرجع بتمام النقصان وفى القسمة يرجع بالنصف لان النقصان فى القسمة يرجع بالنصيبين جميعا فيرجع بنصف النقصان من نصيب شريكه وأما الرد بخيار الرؤية والشرط فيثبت فى قسمة الرضا لان القسمة فيها معنى المبادلة وهذا النوع أشبه بالمبادلات لوجود المراضاة من الجانبين فيثبت فيه خيار الرؤية كما فى البيع ولا يثبت فى قسمة القضاء لا لخلوها عن المبادلة بل لعدم الفائدة لانه لو ردها بخيار الرؤية والشرط لاجبره القاضى ثانيا فلا يفيد والله سبحانه وتعالى أعلم ولا تجب الشفعة فى القسمة لان حق الشفعة يتبع المبادلة المحضة لثبوتها على مخالفة القياس والقسمة مبادلة من وجه فلا تحتمل الشفعة ولانها لو وجبت لا يخلو اما أن تجب للشريك أو للجار لا سبيل الى الاول لان الشفعة تجب لغير البائع والمشترى ولا سبيل الى الثانى لان الشريك أولى من الجار والله سبحانه وتعالى أعلم ومنها الوجوب عند الطلب حتى يجبر على القسمة فيما ينتفع كل واحد من الشريكين بقسمته وكذا فيما ينتفع بها أحدهما و يستضر الآخر عند طلب المنتفع بالاجماع وعند طلب المستضر اختلاف روايتى الحاكم والقدورى رحمهما الله وقد ذكرناه والله سبحانه وتعالى أعلم ومنها اللزوم بعد تمامها فى النوعين جميعا حتى لا يحتمل الرجوع عنها اذا تمت وأما قبل التمام فكذلك فى أحد نوعى القسمة وهو قسمة القضاء دون النوع الآخر وهو قسمة الشركاء بيان ذلك أن الدار اذا كانت مشتركة بين قوم فقسمها القاضى أو الشركاء بالتراضى فخرجت السهام كلها بالقرعة لا يجوز لهم الرجوع وكذا اذا خرج الكل الا سهم واحد لان ذلك خروج السهام كلها لكون ذلك السهم متعينا لمن بقى من الشركاء وان خرج بعض السهام دون البعض فكذلك فى قسمة القضاء لانه لو رجع أحدهم لاجبره القاضى على القسمة ثانيا فلا يفيد رجوعه وأما فى قسمة التراضى فيجوز الرجوع لان قسمة التراضى لا تتم الا بعد خروج السهام كلها وكل عاقد بسبيل من الرجوع عن العقد قبل تمامه كما فى البيع ونحوه والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان حكم القسمة فنقول وبالله التوفيق حكم القسمة ثبوت اختصاص بالمقسوم عينا تصرفا فيه فيملك المقسوم له فى المقسوم جميع التصرفات المختصة بالملك حتى لو وقع فى نصيب أحد الشريكين ساحة لا بناء فيها ووقع البناء فى نصيب الآخر فلصاحب الساحة ان يبنى فى ساحته وله ان يرفع بناءه وليس لصاحب البناء ان يمنعه وان كان يفسد عليه الريح والشمس لانه يتصرف فى ملك نفسه فلا يمنع عنه وكذا له ان يبنى فى ساحته مخرجا أو تنورا أو حماما أو رحى لما قلنا وكذا له ان يقعد فى بنائه حدادا أو قصارا وان كان يتأذى به جاره لما قلنا وله ان يفتح بابا أو كوة لما ذكرنا ألا ترى ان له أن يرفع الجدار أصلا ففتح الباب والكوة أولى وله ان يحفر فى ملكه بئرا أو بالوعة أو كرباسا وان كان يهى بذلك حائط جاره ولو طلب جاره تحويل ذلك لم يجبر على التحويل ولو سقط الحائط من ذلك

لايضمن لانه لاصنع منه فى ملك الغير والاصل ان لايمنع الانسان من التصرف فى ملك نفسه الا ان الكف عما يؤذى الجار أحسن قال الله تبارك وتعالى اعبدوا الله ولا تشركوا به شيأ و بالوالدين احسانا الى قوله تعالى والجار الجنب خصه سبحانه وتعالى بالامر بالاحسان اليه فلئن لايحسن اليه فلا أقل من ان يكف عنه أذاه وعلى هذا دار بين رجلين ولرجل فيها طريق فارادا ان يقتسماها ليس لصاحب الطريق منعهما عن القسمة لانهما بالقسمة متصرفان فى ملك أنفسهما فلا يمنعان عنه فيقتسمان ما وراء الطريق و يتركان الطريق على حاله على سعة عرض باب الدار لما ذكرنا من قبل ولو باعوا الدار والطريق فان كانت رقبة الطريق مشتركة بينهم قسموا ثمن الطريق بينهم أثلاثاً وان كانت الرقبة لشريكى الدار ولصاحب الطريق حق المرور حكى القدورى عن الكرخى رحمهما الله ان لاشىء لصاحب الطريق من الثمن و يكون الثمن كله للشريكين و روى محمد ان كل واحد من الشريكين يضرب بحقه من المنفعة و يضرب صاحب الطريق بحق المرور وطريق معرفة ذلك ان ينظر الى قيمة العرصة بغير طريق و ينظر الى قيمتها وفيها طريق فيكون لصاحب الطريق فضل ما بينهما ولكل واحد من الشريكين نصف قيمة المنفعة اذا كان فيها طريق (وجه) ما حكى عن الكرخى رحمه الله ان حق المرور لا يحتمل البيع مقصوداً بل يحتمله تبعا للرقبة ألا ترى انه لو باعه وحده لم يجز فاذا بيع الطريق باذنه فقد أسقط حقه أصلا فلا يقابله ثمن (وجه) ما روى عن محمد ان حق المرور لا يحتمل البيع مقصودا بل يحتمله تبعا للرقبة وههنا ما بيع مقصودا بل تبعا للرقبة فيقابله الثمن لكن ثمن الحق لا ثمن الملك على ما ذكرنا وكذلك دار بين رجلين فيها مسيل الماء فارادا ان يقتسماها ليس لصاحب المسيل منعهما من القسمة لما قلنا بل يقسم الدار و يترك المسيل على حاله كما فى الطريق وكذلك لو كان فى الدار منزل لرجل وطريقه فى الدار فارادا ان يقتسما الدار لا يمنعان من القسمة ولكن يتركان طريق المنزل على حاله على سعة عرض باب الدار لا على سعة باب المنزل على ما ذكرنا ولو أراد صاحب المنزل ان يفتح الى هذا الطريق باباً آخر له ذلك لانه متصرف فى ملك نفسه ألا ترى ان له ان يرفع الحائط كله فهذا أولى ولو اشترى صاحب المنزل دارا من وراء المنزل وفتح بابه الى المنزل فان كان ساكن الدار والمنزل واحدا فله ان يمر من الدار الى المنزل ومن المنزل الى الطريق الذى فى الدار الاولى لان له حق المرور فى هذا الطريق وان كان ساكن الدار غير ساكن المنزل فليس لساكن الدار ان يمر فى الطريق الذى فى الدار الاولى لانه لا حق له فى هذا الطريق فيمنع من المرور فيه دار بين رجلين فى سكة غير نافذة اقتسماها وأخذ كل واحد منهما طائفة منها فاراد كل واحد منهما ان يفتح باباً أو كوة الى السكة له ذلك ولا يسع لاهل السكة منعهما لان كل واحد منهما متصرف فى ملك نفسه فيملكه ألا ترى ان له رفع الحائط أصلا فالباب والكوة أولى وعلى هذا حائط بين قسيمين ولاحد القسيمين عليه جذوع الحائط الاخر فان شرطوا قطع الجذوع فى القسمة قطعت لقول النبى عليه الصلاة والسلام المسلمون عند شروطهم وان لم يشترطوا ترك على حالها لان الترك وان كان ضررا لكنهم لما لم يشترطوا القطع فى القسمة فقد التزم الضرر وكذلك لو كان وقع على هذا الحائط درجة أو اسطوانة جمع عليها جذوع لما قلنا وكذلك روشنا وقع لصاحب العلو شرفا على نصيب الآخر لم يكن لصاحب السفل ان يقلع الروشن من غير شرط القلع لما قلنا ولو كان لاحدهما اطراف خشب على حائط صاحبه فان كان مما يمكن ان يجعل عليها سقف لم يكلف قلعها وان كان لا يمكن كلف القلع لانه اذا أمكن أن يجعل عليها سقف أمكنه الانتفاع به فيلتحق بالحقوق فأشبه الروشن واذا لم يمكن تعذر الحاقها بالحقوق فبقى شاغلا هو لصاحبه بغير حق فيكلف قطعها ولو كان لاحدهما شجرة اغصانها مظلة على نصيب الآخر فهل تقطع ذكر ابن سماعة رحمه الله انه لا تقطع لان فى القطع ضررا لصاحبها وذكر ابن رستم رحمه الله انه تقطع كما يقطع اطراف الخشب الذى لا يمكن تسقيفها ولو اختلف أهل طريق فى الطريق وادعى كل واحد منهم انه له فهو بينهم بالتسوية على عدد الرؤس لا على ذرعان الدور والمنازل لانهم استووا فى اليد لاستوائهم فى المرور فيه الا ان يقوم لاحدهم بينة فيسقط اعتبار اليد بالبينة دار لرجل وفيها طريق بينه و بين

رجل فمات صاحب الدار فاقتسمت الورثة الدار بينهم وتركوا الطريق كان الطريق بينه وبين الرجل نصفين لا على
عدد الرؤس حتى لو باعوا الدار يقسم الثمن بين الورثة و بينه نصفين لا على عدد الرؤس لان الورثة قاموا مقام المورث
وقد كان الطريق بينهما نصفين فكذا بينه و بينهم ولو لم يعرف ان الدار ميراث بينهم وجحدوا ذلك فالطريق بينهم
بالسوية على عدد الرؤس لاستوائهم فى اليد على ما مر والله سبحانه وتعالى اعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان ما يوجب نقض القسمة بعد وجودها فنقول وبالله التوفيق الذى يوجب نقض القسمة بعد
وجودها أنواع (منها) ظهور دين على الميت اذا طلب الغرماء ديونهم ولا مال للميت سواه ولا قضاه الورثة من مال
أنفسهم و بيان ذلك ان الورثة اذا اقتسموا التركة ثم ظهر على الميت دين فهذا لا يخلو من أحد وجهين اما أن يكون
للميت مال آخر سواه واما ان لم يكن فان لم يكن له مال سواه ولا قضاه الورثة من مال أنفسهم تنتقض القسمة سواء كان
الدين محيطا بالتركة أو لم يكن لان الدين متقدم على الارث قليلا كان أو كثيراً قال الله تبارك وتعالى من بعد وصية
يوصى بها أو دين قدم سبحانه وتعالى الدين على الوصية من غير فصل بين القليل والكثير لان الدين اذا كان محيطاً
بالتركة تبين انه لا ملك للورثة فيها الا من حيث الصورة بل هى ملك للميت يتعلق بها بحق الغرماء وقيام ملك الغير فى المحل
يمنع صحة القسمة فقيام الملك والحق أولى واذا لم يكن محيطا بالتركة فملك الميت وحق الغرماء وهو حق الاستيفاء ثابت
فى قدر الدين من التركة على الشيوع فيمنع جواز القسمة فان لم يكن للميت مال آخر سواه يجعل الدين فيه وتمضى
القسمة لان القسمة تصان عن النقض ما أمكن وقد أمكن صيانتها بجعل الدين فيه وكذا الورثة اذا قضوا الدين من
مال أنفسهم لا تنتقض لان حق الورثة كان متعلقا بصورة التركة وحق الغرماء بمعناها وهو المالية فاذا قضوا الدين
من مال أنفسهم فقد استخلصوا التركة لانفسهم صورة ومعنى فتبين انهم فى الحقيقة اقتسموا مال أنفسهم صورة
ومعنى فتبين انها وقعت صحيحة فلا تنتقض وكذلك اذا أبرأه الغرماء عن ديونهم لا تنتقض القسمة لان النقض لحقهم
وقد أسقطوه بالابراء وكذلك اذا ظهر لبعض المقتسمين دين على الميت بأن ادعى ديناً على الميت وأقام البينة عليه فله
أن ينقض القسمة لما قلنا ولا تكون قسمته ابراء من الدين لان حق الغريم يتعلق بمعنى التركة وهو ماليتها لا بالصورة
ولهذا كان للورثة حق الاستخلاص واذا كان كذلك فلا يكون اقدامه على القسمة اقرارا منه لانه لا دين له على
الميت فلم يكن مناقضا فى دعواه فسمعت (ومنها) ظهور الوصية حتى لو اقتسموا ثم أظهر ثم موصى له بالثلث نقضت
قسمتهم لان الموصى له شريك الورثة ألا ترى انه لو هلك من التركة شئ قبل القسمة يهلك من الورثة والموصى له جميعاً
والباقى على الشركة بينهم ولو اقتسموا وثمة وارث آخر غائب تنتقض فكذا هذا وهذا اذا كانت القسمة بالتراضى فان
كانت بقضاء القاضى لا تنتقض لان الموصى له وان كان كواحد من الورثة لكن القاضى اذا قسم عند غيبة أحد الورثة
لا تنتقض قسمته لان القسمة فى هذا الموضع محل الاجتهاد وقضاء القاضى اذا صادف محل الاجتهاد ينفذ ولا ينقض
(ومنها) ظهور الوارث حتى لو اقتسموا ثم ظهر ان ثمة وارث آخر نقضت قسمتهم ولو كانت القسمة بقضاء القاضى
لا تنتقض لما ذكرنا ولو ادعى وارث وصية لابن له صغير بعد القسمة لا تصح دعواه حتى لا تسمع منه البينة لكونه
مناقضا فى الدعوى اذ لا تصح قسمتهم الميراث وثم موصى له فكان اقدامه على القسمة اقراراً منه بانعدام الوصية
فكان دعوى وجود الوصية مناقضة فلا تسمع ولكن لا يبطل حق الصغير بقسمة الاب لانه لا يملك ابطال حقه
وكذلك لو ادعى بعض الورثة ان أخاله من أبيه وأمه ورث أباه معهم وانه مات بعد موت الاب وورثه هذا المدعى
وجحد الباقون ذلك فأقام المدعى البينة لا تقبل بينته لانه مناقض فى دعواه لدلالة اقراره بانعدام وارث آخر باقدامه
على القسمة وكذلك كل ميراث يدعيه أو شراء أو هبة أو صدقة أو وصية بعد القسمة للتناقض بدلالة الاقدام على
القسمة والله تعالى أعلم دار بين رجلين أقر أحدهما ببيت منها لرجل وأنكر الآخر يصح اقراره لان اقرار الانسان
حجة على نفسه لان هذا الاقرار لم يوجب تعلق الحق بالعين لحق الشريك الآخر بل هو موقوف واذا لم يتعلق بالعين

لايمنع جواز القسمة فتقسم الدار و يجبر على القسمة ومتى قسمت فان وقع البيت المقر به فى نصيب المقر دفعه الى المقر له لان الاقرار قد صح وتسليم عين المقر به ممكن فيؤمر بالتسليم وان وقع فى نصيب شريكه يدفع اليه قدر ذرع المقر به من نصيب نفسه فيقسم ما أصابه بينه و بين المقر له فيضرب المقر له بذرع البيت و يضرب المقر بنصف ذرع الدار بعد البيت وهذا قول أبى حنيفة وأبى يوسف عليهما الرحمة وقال محمد رحمه الله يضرب المقر بنصف ذرع الدار كما قالا ولكن المقر له يضرب بنصف ذرع البيت لا بكله حتى لو كان ذرع الدار مائة وذرع البيت عشره فتقسم الدار بينهما نصفين يكون للمقر له عشرة أذرع عندهما لانه جميع ذرع البيت والباقى وهو خمسة وأربعون للمقر لانه نصف ذرع الدار بعد ذرع البيت وعند محمد رحمه الله يكون للمقر له خمسة أذرع اذ هو نصف ذرع البيت المقر به (وجه) قول محمد رحمه الله ان الاقرار صادف محلا معيناً مشتركا بينه و بين غيره لان كل جزأين من الدار أحدهما له والآخر لصاحبه على الشيوع فيبطل فى نصيب صاحبه و يصح فى نصيبه وذلك يوجب للمقر له نصف ذرع البيت (وجه) قولهما ان الاقرار بالمشترك لا يتعلق بالعين قبل القسمة بل هو موقوف وانما يتعلق بها بعد القسمة ألا ترى انه لم يمنع صحة القسمة ولو تعلق بالعين لمنع فاذا قسمت الدار الآن يتعلق بالعين فان وقع المقر به فى نصيب المقر يؤمر بالتسليم لانه قادر على تسليم العين وان وقع فى نصيب صاحبه فقد عجز عن تسليم عينه فيؤمر بتسليم بدله من نصيبه وهو تمام ذرع المقر به هذا اذا كان المقر به شيأ يحتمل القسمة فان كان مما لا يحتمل القسمة كبيت من حمام مشترك بينه و بين غيره أقر انه لرجل وأنكر صاحبه فيصح اقراره ولكن يجبر على قسمته لان قسمة الاضرار فيما لا يحتمل الجبر على ماذكرنا فى موضعه و يلزمه نصف قيمة البيت لانه عجز عن تسليم العين والاقرار بعين معجوز التسليم يكون اقراراً ببدله تصحيحاً لتصرفه وصيانة لحق الغير بالقدر الممكن كالاقرار بجذع فى الدار والله تعالى أعلم

﴿فصل﴾ هذا الذى ذكرنا قسمة الاعيان (وأما) قسمة المنافع فهى المسماة بالمهايئات والكلام فيها فى مواضع فى بيان أنواع المهايئات وما يجوز منها وما لا يجوز وفى بيان محل المهايئات وفى بيان صفة المهايئات وفى بيان ما يملك كل واحد من الشريكين من التصرف بعد المهايئات وما لا يملك (أما) الاول فالمهايئات نوعان نوع يرجع الى المكان ونوع يرجع الى الزمان (أما) النوع الاول فهو أن يتهايئا فى دار واحدة على أن يأخذ كل واحد منهما طائفة منها يسكنها وانه جائز لان المهايئات قسمة فتعتبر بقسمة العين وقسمة العين على هذا الوجه جائزة فكذا قسمة المنافع وكذا لو تهايئا على أن يأخذ أحدهما السفل والآخر العلو جاز ذلك لما قلنا ولا يشترط بيان المدة فى هذا النوع لان قسمة المنافع ليست بمبادلة المنفعة لان مبادلة المنفعة بجنسها غير جائزة عندنا كاجارة السكنى بالسكنى والخدمة بالخدمة وكذلك لو تهايئا فى دارين وأخذ كل واحد منهما داراً يسكنها أو يستغلها فهو جائز بالاجماع (أما) عند أبى يوسف ومحمد فلا شك فيه لان قسمة الجمع فى عين الدور جائزة فكذا فى المنافع (وأما) أبو حنيفة رحمه الله فيحتاج الى الفرق بين العين و بين المنفعة (وجه) الفرق له ان الدور فى حكم أجناس مختلفة لتفاحش التفاوت بين دار ودار فى نفسها و بنائها وموضعها ولا تجوز قسمة الجمع فى جنسين مختلفين على مامر (وأما) التفاوت فى المنافع فقل ما يتفاحش بل يتقارب فلم تلتحق منافع الدارين بالاجناس المختلفة فجازت القسمة وكذلك لو تهايئا فى عبدين على الخدمة جاز بالاجماع (أما) عندهما فلأن قسمة الجمع فى أعيان الرقيق جائزة وكذا فى منافعها (ووجه) الفرق لابى حنيفة رحمه الله على نحو ماذكرنا فى الدارين ولو تهايئا فى عبدين فأخذ كل واحد منهما عبداً يخدمه وشرط كل واحد منهما على نفسه طعام العبد الذى يخدمه جاز استحساناً والقياس أن لا يجوز (ووجهه) ان طعام كل واحد من العبدين على الشريكين جميعاً على المناصفة فاشتراط كل الطعام من كل واحد منهما على نفسه يخرج مخرج معاوضة بعض الطعام بالبعض وانها غير جائزة للجهالة (ووجه) الاستحسان ان هذا النوع من الجهالة لا يفضى الى المنازعة لان مبنى الطعام على المسامحة فى العرف والعادة دون المضايقة بخلاف ما اذا شرط كل واحد منهما على نفسه كسوة

العبد الذي يخدمه انه لا يجوز لانه يجري في الكسوة من المضايقة ما لا يجري في الطعام في العرف والعادة فكانت الجهالة في الكسوة مفضية الى المنازعة مع ما ان الجهالة في الكسوة تتفاحش بخلاف الطعام لذلك افترقا والله تعالى أعلم (وأما) التهايؤ في الدواب بأن آخذ أحدهما دابة ليركبها والآخر دابة أخرى من جنسها يستغلها وشرط الاستغلال فغير جائز عند أبي حنيفة وعندهما جائز (وجه) قولهما ظاهر لان قسمة الجمع في أعيان الدواب من جنس واحد جائزة فكذا قسمة المنافع ولابي حنيفة الفرق بين المنفعة وبين المنفعة انه جوز قسمة الجمع في اعيانها ولم يجوز في منافعها (ووجه) الفرق انها باعتبار أعيانها جنس واحد لكنها في منفعة الركوب في حكم جنسين مختلفين بدليل ان من استأجر دابة ليركبها لم يملك ان يؤاجرها للركوب ولو فعل لضمن فاشبه اختلاف جنس المنفعة اختلاف جنس العين واختلاف جنس العين عنده مانع جواز قسمة الجمع كذا في المنفعة بخلاف المهايئات في الدارين والعبدين انها جائزة لان هناك المنافع متقاربة غير متفاحشة بدليل ان المستأجر فيها يملك الاجارة من غيره فلم يختلف جنس المنفعة فجازت المهايئات (وأما) النوع الثاني وهو المهايئات بالزمان فهو ان يتهايئا في بيت صغير على ان يسكنه هذا يوما وهذا يوما أو في عبد واحد على أن يخدم هذا يوما وهذا يوما وهذا جائز لقوله تبارك وتعالى قال هذه ناقة لها شرب ولكم شرب يوم معلوم أخبر سبحانه وتعالى عن نبيه سيدنا صالح عليه الصلاة والسلام المهايئات في الشرب ولم ينكره سبحانه وتعالى والحكيم اذا حكى عن منكر غيره فدل على جواز المهايئات بالزمان بظاهر النص وثبت جواز النوع الآخر من طريق الدلالة لانها أشبه بالمقاسمة من النوع الاول ولان جواز المهايئات بالزمان لمكان حاجات الناس وحاجتهم الى المهايئات بالمكان أشد لان الاعيان كلها في احتمال المهايئات بالزمان شرع سواء من الاعيان ما لا يحتمل المهايئات بالمكان كالعبد والبيت الصغير ونحوهما فلما جازت تلك فلان تجوز هذه اولى والله تعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان محل المهايئات فنقول ولا قوة الا بالله تعالى جل شأنه ان محلها المنافع دون الاعيان لانها قسمة المنفعة دون العين فكان محلها المنفعة دون العين حتى انهما لو تهايئا في نخل أو شجر بين شريكين على ان يأخذ كل واحد منهما طائفة يستثمرها لا يجوز وكذلك اذا تهايئا في الغنم المشتركة على ان يأخذ كل واحد منهم قطيعا وينتفع بالبانها لا يجوز لما ذكرنا ان هذا عقد قسمة المنافع والثمر واللبن عين مال فلا تدخل تحت عقد المهايئات ولو تهايئا في الاراضي المشتركة على أن يأخذ كل واحد منهما نصفها ويزرع جاز لان ذلك قسمة المنافع وهو معنى المهايئات والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما صفة المهايئات فهي انها عقد غير لازم حتى لو طلب أحدهما قسمة العين بعد المهايئات قسم الحاكم بينهما وفسخ المهايئات لانها كالخلف عن قسمة العين وقسمة العين كالاصل فيما شرعت له القسمة لان القسمة شرعت لتكميل منافع الملك وهذا المعنى في قسمة العين اكمل ولهذا لو طلب أحدهما القسمة قبل المهايئات اجبره الحاكم على القسمة فكان عقدا جائزا فاحتمل الفسخ كسائر العقود الجائزة ولا يبطل بموت أحد الشريكين بخلاف الاجارة لانها لو بطلت لاعادها القاضي للحال ثانيا فلا يفيد

﴿فصل﴾ وأما بيان ما يملك كل واحد منهما من التصرف بعد المهايئات اما في المهايئات بالمكان فلكل واحد منهما ان يستغل ما اصابه بالمهايئات سواء شرط الاستغلال في العقد أولا وسواء تهايئا في دار واحدة أو دارين لان المنافع بعد المهايئات تحدث على ملك كل واحد منهما فيما أخذه فيملك التصرف فيه بالتمليك من غيره وبه تبين ان المهايئات في هذا النوع ليست باعارة لان العارية لا تؤاجر (وأما) المهايئات بالزمان فلكل واحد منهما ان يسكن أو يستخدم لما ذكرنا لكن لا بد من ذكر الوقت من اليوم والشهر ونحو ذلك بخلاف المهاياة بالمكان ان لكل واحد منهما ولاية السكنى والاستغلال مطلقا لان الحاجة الى ذكر الوقت لتصير المنافع معلومة والمهايئات بالمكان قسمة منافع متقدرة مجموعة بالمكان ومكان المنفعة معلوم فصارت المنافع معلومة بالعلم بمكانها فجازت المهاياة (وأما) المهاياة بالزمان فقسمة مقدرة

بالزمان

بالزمان فلا تصير معلومة الابذكر زمان معلوم فهو الفرق والله سبحانه وتعالى أعلم وهل يملك كل واحد منهما الاستغلال فى نوبته لا خلاف فى انهما اذا لم يشترط لم يملك فاما اذا شرط ذكر القدورى عليه الرحمة انه لا يملك لان هذا النوع من المهايأة فى معنى الاعارة والعارية لا تؤجر وذكر الاصل ان التهايؤ فى الدار الواحدة على السكنى والغلة جائزة (منهم) من قال المذكور فى الاصل ليس بمهايئات حقيقة لوجهين أحدهما انه أضاف التهايؤ الى الغلة دون الاستغلال والغلة لا تحتمل التهايؤ حقيقة اذ هى عين والتهايؤ قسمة المنافع دون الاعيان والثانى انه ذكر فيه ان غلة الدار اذا اوصلت فى يد أحدهما شاركه فيه صاحبه وليس ذلك حكم جواز المهايئات وكان المهايأة بالمكان فى الدارين اذا تهايئا ان يأخذ كل واحد منهما وأخذه يستغلها فاستغلها ففضل من الغلة فى يد أحدهما ان الفاضل يكون له خاصة ويكون المذكور فى الاصل محمولا على ما اذا اصطلحا على ان يأخذ هذا غلة شهر وذلك غلة شهر وسمى ذلك مهايأة مجازا وان لم يكن ذلك مهايأة حقيقة فى هذه الصورة يكون فضل الغلة مشتركا بينهما وعلى هذا يرتفع اختلاف الروايتين ويحتمل ان يكون المذكور فى الاصل دليلا على شرط جواز الاستغلال اذ الغلة يجوز ان تذكر بمعنى الاستغلال فى الجملة وقد قام دليل ارادة الاستغلال ههنا وهو قرينة التهايؤ اذ هى عبارة عن قسمة المنافع دون الغلة التى هى عين ماله وكذا التهايؤ يكون على شئ هو مقدور التهايؤ وهو فعل الاستغلال دون عين الغلة ولهذا قرن بها السكنى الذى هو فعل الساكن ويكون قوله مافضل من الغلة فى يده يشاركه فيه صاحبه محمولا على ما اذا تهايئا بشرط الاستغلال ابتداء ثم اصطلحا على أن يأخذ كل واحد منهما غلة شهر وفى هذه الصورة يكون فضل الغلة بينهما كما فى الدارين فعلى هذا ثبت اختلاف روايتى الحاكم وأحمد بن الحسين القدورى عليهم الرحمة والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ كتاب الحدود ﴾

جمع محمد رحمه الله بين مسائل الحدود وبين مسائل التعزير وبدأ بمسائل الحدود فبدأ بما بدأ به فنقول وبالله سبحانه وتعالى التوفيق الكلام فى الحدود يقع فى مواضع فى بيان معنى الحد لغة وشرعا وفى بيان أسباب وجوب الحدود وشرائط وجوبها وفى بيان ما يظهر به وجوبها عند القاضى وفى بيان صفاتها وفى بيان مقدار الواجب منها وفى بيان شرائط جواز اقامتها وفى بيان كيفية اقامتها وموضع الاقامة وفى بيان ما يسقطها بعد الوجوب وفى بيان حكمها اذا اجتمعت وفى بيان حكم الحدود (أما) الاول فالحد فى اللغة عبارة عن المنع ومنه سمى البواب حدادا لمنعه الناس عن الدخول وفى الشرع عبارة عن عقوبة مقدرة واجبة حقا لله تعالى عز شانه بخلاف التعزير فانه ليس بمقدر قد يكون بالضرب وقد يكون بالحبس وقد يكون بغيرهما وبخلاف القصاص فانه وان كان عقوبة مقدرة لكنه يجب حقا للعبد حتى يجرى فيه العفو والصلح سمى هذا النوع من العقوبة حدا لانه يمنع صاحبه اذا لم يكن متلفا وغيره بالمشاهدة ويمنع من يشاهد ذلك ويعاينه اذا لم يكن متلفا لانه يتصور حلول تلك العقوبة بنفسه لو باشر تلك الجناية فيمنعه ذلك من المباشرة والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان اسباب وجوبها فلا يمكن الوصول اليه الا بعد معرفة أنواعها لان سبب وجوب كل نوع يختلف باختلاف النوع فنقول الحدود خمسة انواع حد السرقة وحد الزنا وحد الشرب وحد السكر وحد القذف (أما) حد السرقة فسبب وجوبه السرقة وسنذكر ركن السرقة وشرائط الركن فى كتاب السرقة (وأما) حد الزنا فنوعان جلد ورجم وسبب وجوب كل واحد منهما وهو الزنا وانما يختلفان فى الشرط وهو الاحصان فالاحصان شرط لوجوب الرجم وليس بشرط لوجوب الجلد فلا بد من معرفة الزنا والاحصان فى عرف الشرع أما الزنا فهو اسم للوطء الحرام فى قبل المرأة الحية فى حالة الاختيار فى دار العدل ممن التزم أحكام الاسلام العارى عن حقيقة الملك وعن شبهته وعن حق الملك وعن حقيقة النكاح وشبهته وعن شبهة الاشتباه فى موضع الاشتباه فى الملك والنكاح

جميعا والاصل فى اعتبار الشبهة فى هذا الباب الحديث المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام ادرؤا الحدود بالشبهات ولان الحد عقوبة متكاملة فتستدعى جناية متكاملة والوطء فى القبل فى غير ملك ولا نكاح لا يتكامل جناية الا عند انتفاء الشبهة كلها اذا عرف الزانى عرف الشرع فنخرج عليه بعض المسائل فنقول الصبى أو المجنون اذا وطئ امرأة أجنبية لا حد عليه لان فعلهما لا يوصف بالحرمة فلا يكون الوطء منهما زنا فلا حد على المرأة اذا طاوعته عند أصحابنا الثلاثة رضى الله عنهم وقال زفر والشافعى رضى الله عنهم عليها الحد ولا خلاف فى أن العاقل البالغ اذا زنا بصبية أو مجنونة أنه يجب عليه الحد ولا حد عليها لهما أن المانع من وقوع الفعل زنا خص أحد الجانبين فيختص به المنع كالعاقل البالغ اذا زنا بصبية أو مجنونة أنه يجب عليه الحد وان كان لا يجب عليها لما قلنا كذا هذا (ولنا) ان وجوب الحد على المرأة فى باب الزنا ليس لكونها زانية لان فعل الزنا لا يتحقق منها وهو الوطء لانها موطوءة وليست بواطئة وتسميتها فى الكتاب العزيز زانية مجاز لا حقيقة وانما وجب عليها لكونها مزنيا بها وفعل الصبى والمجنون ليس بزنا فلا تكون هى مزنيا بها فلا يجب عليها الحد وفعل الزنا يتحقق من العاقل البالغ فكانت الصبية أو المجنونة مزنيا بها الا أن الحد لم يجب عليها لعدم الاهلية والاهلية ثابتة فى جانب الرجل فيجب وكذلك الوطء فى الدبر فى الانثى أو الذكر لا يوجب الحد عند أبى حنيفة وان كان حراما لعدم الوطء فى القبل فلم يكن زنا وعندهما والشافعى يوجب الحد وهو الرجم ان كان محصنا والجلد ان كان غير محصن لا لانه زنا بل لانه فى معنى الزنا لمشاركة الزنا فى المعنى المستدعى لوجوب الحد وهو الوطء الحرام على وجه التمحض فكان فى معنى الزنا فورود النص بايجاب الحد هناك يكون ورودا ههنا دلالة ولابى حنيفة ماذكرنا ان اللواطة ليست بزنا لما ذكرنا ان الزنا اسم للوطء فى قبل المرأة ألا ترى انه يستقيم ان يقال لاط وما زنا وزنا وما لاط ويقال فلان لوطى وفلان زانى فكذا يختلفان اسما واختلاف الاسامى دليل اختلاف المعانى فى الاصل ولهذا اختلف الصحابة رضى الله عنهم فى حد هذا الفعل ولو كان هذا زنا لم يكن لاختلافهم معنى لان موجب الزنا كان معلوما لهم بالنص فثبت انه ليس بزنا ولا فى معنى الزنا أيضا لما فى الزنا من اشتباه الانساب وتضييع الولد ولم يوجد ذلك فى هذا الفعل انما فيه تضييع الماء المهين الذى يباح مثله بالعزل وكذا ليس فى معناه فيما شرع له الحد وهو الزجر لان الحاجة الى شرع الزاجر فيما يغلب وجوده ولا يغلب وجود هذا الفعل لان وجوده يتعلق باختيار شخصين ولا اختيار الا لداع يدعو اليه ولا داعى فى جانب المحل أصلا وفى الزنا وجد الداعى من الجانبين جميعا وهو الشهوة المركبة فيهما جميعا فلم يكن فى معنى الزنا فورود النص هناك ليس ورودا ههنا وكذا اختلاف اجتهاد الصحابة رضى الله عنهم دليل على ان الواجب بهذا الفعل هو التعزير لوجهين أحدهما ان التعزير هو الذى يحتمل الاختلاف فى القدر والصفة لا الحد والثانى انه لا مجال للاجتهاد فى الحد بل لا يعرف الا بالتوقيف وللاجتهاد مجال فى التعزير وكذا وطء المرأة الميتة لا يوجب الحد ويوجب التعزير لعدم وطء المرأة الحية وكذا وطء البهيمة وان كان حراما لانعدام الوطء فى قبل المرأة فلم يكن زنا ثم ان كانت البهيمة ملك الواطئ قيل انها تذبح ولا تؤكل ولا رواية فيه عن أصحابنا رحمهم الله لكن روى محمد عن سيدنا عمر رضى الله عنه انه لم يحد واطئ البهيمة وأمر بالبهيمة حتى احرقت بالنار وكذلك الوطء عن اكراه لا يوجب الحد وكذلك الوطء فى دار الحرب وفى دار البغى لا يوجب الحد حتى ان من زنا فى دار الحرب أو دار البغى ثم خرج الينا لا يقام عليه الحد لان الزنا لم ينعقد سببا لوجوب الحد حين وجوده لعدم الولاية فلا يستوفى بعد ذلك وكذلك الحربى المستأمن اذا زنا بمسلمة أو ذمية أو ذمى زنا بحربية مستأمنة لا حد على الحربى والحربية عندهما وعند أبى يوسف يحدان وجه قوله انه لما دخل دار الاسلام فقد التزم أحكام الاسلام مدة اقامته فيها فصار كالذمى ولهذا يقام عليه حد القذف كما يقام على الذمى ولهما انه لم يدخل دار الاسلام على سبيل الاقامة والتوطن بل على سبيل العارية ليعاملنا ونعامله ثم يعود فلم يكن دخوله دار الاسلام دلالة التزامه حق الله سبحانه وتعالى خالصا بخلاف حد القذف لانه لما طلب الامان من المسلمين فقد

التزم امانهم عن الايذاء بنفسه وظهر حكم الاسلام فى حقه ثم يحد المسلمة والذمية عند أبى حنيفة رحمه الله وعند محمد رحمه الله لا يحد و يحد الذمى بلا خلاف (وجه) قول محمد رحمه الله ان الاصل فعل الرجل وفعلها يقع تبعا فلما لم يجب على الاصل لا يجب على التبع كالمطاوعة للصبي والمجنون (وجه) قول أبى حنيفة رحمه الله ان فعل الحربى حرام محض ألا ترى انه يؤاخذ فكان زنا فكانت هى مزنيا بها الا ان الحد لم يجب على الرجل لعدم التزامه احكامنا وهذا أمر يخصه و يحد الذمى لانه بالذمة والعهد التزم أحكام الاسلام مطلقا الا فى قدر ما وقع الاستثناء فيه ولم يوجد ههنا وكذلك وطء الحائض والنفساء والصائمة والمحرمة والمجنونة والموطوءة بشبهة والتى ظاهر منها أو آلى منها لا يوجب الحد وان كان حراما لقيام الملك والنكاح فلم يكن زنا وكذلك وطء الجارية المشتركة والمجوسية والمرتدة والمكاتبة والمحرمة برضاع أو صهرية أو جمع لقيام الملك وان كان حراما وعلم بالحرمة وكذلك وطء الاب جارية الابن لا يوجب الحد وان علم بالحرمة لان له فى مال ابنه شبهة الملك وهو الملك من وجه أو حق الملك لقوله عليه الصلاة والسلام أنت ومالك لابيك فظاهر اضافة مال الابن الى الاب بحرف اللام يقتضى حقيقة الملك فلئن تقاعد عن افادة الحقيقة فلا يتقاعد على ايراث الشبهة أو حق الملك وكذلك وطء جارية المكاتب لان المكاتب عندنا عبد ما بقى عليه درهم فكان مملوك المولى رقبة وملك الرقبة يقتضى ملك الكسب فان لم يثبت مقتضاه حقيقة فلا أقل من الشبهة وكذلك وطء جارية العبد المأذون سواء كان عليه دين أو لم يكن اما اذا لم يكن عليه دين فظاهر لانها ملك المولى وكذلك ان كان عليه دين لان رقبة المأذون ملك المولى وملك الرقبة يقتضى ملك الكسب كما فى جارية المكاتب و بل أولى لان كسب المأذون أقرب الى المولى من كسب المكاتب فلما لم يجب الحد هناك فههنا أولى ولان هذا الملك محل الاجتهاد لان العلماء اختلفوا فيه واختلافهم يورث شبهة فاشبه وطأ حصل فى نكاح وهو محل الاجتهاد وذا لا يوجب الحد كذا هذا وكذلك وطء اجداب الاب وان علا عند عدم الاب بمنزلة وطء الاب لان له ولادا فنزل منزلة الاب وكذلك الرجل من الغانمين اذا وطئ جارية من المغنم قبل القسمة بعد الاحراز بدار الاسلام أو قبله لا حد عليه وان علم ان وطأها عليه حرام لثبوت الحق له بالاستيلاء لانعقاد سبب الثبوت فان لم يثبت فلا أقل من ثبوت الحق فيورث شبهة ولو جاءت هذه الجارية بولد فادعاه لا يثبت نسبه منه لان ثبوت النسب يعتمد الملك فى المحل اما من كل وجه أو من وجه ولم يوجد قبل القسمة بل الموجود حق عام وانه يكفى لسقوط الحد ولا يكفى لثبوت النسب وكذلك وطء امرأة تزوجها بغير شهود أو بغير ولى عند من لا يجيزه لا يوجب الحد لان العلماء اختلفوا منهم من قال يجوز النكاح بدون الشهادة والولاية فاختلافهم يورث شبهة وكذلك اذا تزوج معتدة الغير أو مجوسية أو مدبرة أو امة على حرة أو امة بغير اذن مولاها أو العبد تزوج امرأة بغير اذن مولاه فوطئها لا حد عليه لوجود لفظ النكاح من الاهل فى المحل وانه يوجب شبهة وكذلك اذا نكح محارمه أو الخامسة أو اخت امرأته فوطئها لا حد عليه عند أبى حنيفة وان علم بالحرمة وعليه التعزير وعندهما والشافعى رحمهم الله تعالى عليه الحد والاصل عند أبى حنيفة عليه الرحمة ان النكاح اذا وجد من الاهل مضافا الى محل قابل لمقاصد النكاح يمنع وجوب الحد سواء كان حلالا أو حراما وسواء كان التحريم مختلفا فيه أو مجمعا عليه وسواء ظن الحل فادعى الاشتباه أو علم بالحرمة والاصل عندهما ان النكاح اذا كان محرما على التأبيد أو كان تحريمه مجمعا عليه يجب الحد وان لم يكن محرما على التأبيد أو كان تحريمه مختلفا فيه لا يجب عليه (وجه) قولهم ان هذا نكاح أضيف الى غير محله فيلغو ودليل عدم المحلية ان محل النكاح هى المرأة المحللة لقوله سبحانه وتعالى وأحل لكم ما وراء ذلكم والمحارم محرمات على التأبيد لقول الله تعالى حرمت عليكم امهاتكم و بناتكم الآية الا انه اذا ادعى الاشتباه وقال ظننت انها تحل لى سقط الحد لانه ظن ان صيغة لفظ النكاح من الاهل فى المحل دليل الحل فاعتبر هذا الظن فى حقه وان لم يكن معتبرا حقيقة اسقاطا لما يدرأ بالشبهات واذا لم يدع خلا الوطء عن الشبهة فيجب الحد (وجه) قول أبى حنيفة رحمه الله ان لفظ النكاح صدر من أهله مضافا الى محله فيمنع وجوب الحد كالنكاح بغير شهود ونكاح

المتعة ونحوذلك ولا شك فى وجود لفظ النكاح والاهلية والدليل على المحلية ان محل النكاح هو الانثى من بنات سيد نا
آدم عليه الصلاة والسلام النصوص والمعقول اما النصوص فقوله سبحانه وتعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء
وقوله سبحانه وتعالى هو الذى خلق لكم من أنفسكم أز واجا لتسكنوا اليها وقوله سبحانه وتعالى وانه خلق الز وجين
الذ كر والانثى جعل الله سبحانه وتعالى النساء على العموم والاطلاق محل النكاح والزوجية واما المعقول فلان الانثى
من بنات سيد نا آدم عليه الصلاة والسلام محل صالح لمقاصد النكاح من السكنى والولد والتحصين وغيرها فكانت
محلا لحكم النكاح لان حكم التصرف وسيلة الى ماهو المقصود من التصرف فلو لم يجعل محل المقصود محل الوسيلة لم
يثبت معنى التوسل الا ان الشرع أخرجها من ان تكون محلا للنكاح شرعا مع قيام المحلية حقيقة فقيام صورة العقد
والمحلية يورث شبهة اذ الشبهة اسم لما يشبه الثابت وليس بثابت أو نقول وجد ركن النكاح والاهلية والمحلية على ما بينا
الا انه فات شرط الصحة فكان نكاحا فاسدا والوطء فى النكاح الفاسد لا يكون زنا بالاجماع وعلى هذا ينبغى ان يعلل
فيقال هذا الوطء ليس بزنا فلا يوجب حد الزنا قياسا على النكاح بغير شهود وسائر الانكحة الفاسدة ولو وطىء
جارية الاب أو الام فان ادعى الاشتباه بان قال ظننت انها تحل لى لم يجب الحد وان لم يدع يجب وهو تفسير شبهة
الاشتباه وانها تعتبر فى سبعة مواضع فى جارية الاب وجارية الام وجارية المنكوحة وجارية المطلقة ثلاثا مادامت
فى العدة وأم الولد مادامت تعتد منه والعبد اذا وطىء جارية مولاه والجارية المرهونة اذا وطئها المرتهن فى رواية كتاب
الرهن وفى رواية كتاب الحدود يجب الحد ولا يعتبر ظنه اما اذا وطىء جارية أبيه أو أمه أو زوجته فلان الرجل ينبسط
فى مال أبويه وزوجته وينتفع به من غير استئذان وحشمة عادة الا ترى انه يستخدم جارية أبويه ومنكوحته من غير
استئذان فظن ان هذا النوع من الانتفاع مطلق له شرعا أيضا وهذا وان لم يصلح دليلا على الحقيقة لكنه لما ظنه دليلا
اعتبر فى حقه لاسقاط ما يندرىء بالشبهات واذا لم يدع ذلك فقد عرى الوطء عن الشبهة فتمحض حراما فيجب
الحد ولا يثبت نسب الولد سواء ادعى الاشتباه أولا لان ثبات النسب يعتمد قيام معنى فى المحل وهو الملك من كل وجه
أومن وجه ولم يوجد ولو ادعى أحدهما الظن ولم يدع الآخر لاحد عليهما مالم يقرا جميعا انهما قد علما بالحرمة لان
الوطء يقوم بهما جميعا فاذا تمكنت فيه الشبهة من أحد الجانبين فقد تمكنت من الجانب الآخر ضرورة واما من سوى
الاب والام من سائر ذوى الرحم المحرم كالاخ والاخت ونحوهما اذا وطىء جاريته يجب الحد وان قال ظننت انها تحل
لى لان هذا دعوى الاشتباه فى غير موضع الاشتباه لان الانسان لا ينبسط بالانتفاع بمال أخيه وأخته عادة فلم يكن هذا
ظنا مستندا الى دليل فلا يعتبر وكذلك اذا وطىء جارية ذات رحم محرم من امرأته لما قلنا اما اذا وطىء المطلقة ثلاثا فى العدة
فلان النكاح قد زال فى حق الحل أصلا لوجود المبطل لحل المحلية وهو الطلقات الثلاث وانما بقى فى حق الفراش
والحرمة على الازواج فقط فتمحض الوطء حراما فكان زنا فيوجب الحد الا اذا ادعى الاشتباه وظن الحل لانه
بنى ظنه على نوع دليل وهو بقاء النكاح فى حق الفراش وحرمة الازواج فظن انه بقى فى حق الحل أيضا وهذا وان لم
يصلح دليلا على الحقيقة لكنه لما ظنه دليلا اعتبر فى حقه درأ لما يندرىء بالشبهات وان كان طلاقها واحدة بائنة
لم يجب الحد وان قال علمت انها على حرام لان زوال الملك بالابانة وسائر الكنايات مجتهد فيه لاختلاف الصحابة
رضى الله عنهم فان مثل سيدنا عمر رضى الله عنه يقول فى الكنايات انها رواجع وطلاق الرجعى لا يزيل الملك
فاختلافهم يورث شبهة ولو خالعها أو طلقها على مال فوطئها فى العدة ذكر الكرخى انه ينبغى أن يكون الحكم فيه
كالحكم فى المطلقة ثلاثا وهو الصحيح لان زوال الملك بالخلع والطلاق على مال مجمع عليه فلم تتحقق الشبهة فيجب
الحد الا اذا ادعى الاشتباه لما ذكرنا فى المطلقة الثلاث وكذلك اذا وطىء أم ولده وهى تعتد منه بأن أعتقها لان زوال
الملك بالاعتاق مجمع عليه فلم تثبت الشبهة وأما العبد اذا وطىء جارية مولاه فان العبد ينبسط فى مال مولاه عادة
بالانتفاع فكان وطؤه مستندا الى ماهو دليل فى حقه فاعتبر فى حقه لاسقاط الحد واذا لم يدع يحد لعراء الوطء عن

الشبهة وأما المرتهن اذا وطئ الجارية المرهونة (فوجه) رواية كتاب الرهن أن يد المرتهن يد استيفاء الدين فصار المرتهن مستوفيا الدين من الجارية يداً فقد وطئ جارية هي مملوكة له يدا فلا يجب الحد كالجارية المبيعة اذا وطئها البائع قبل التسليم الا اذا ادعى الاشتباه وقال ظننت انها تحل لى لانه استند ظنه الى نوع دليل وهو ملك اليد فيعتبر فى حقه درأ للحد واذا لم يدع فلا شبهة فلا يجب الحد (وجه) رواية كتاب الحدود ان الاستيفاء فى باب الرهن انما يتحقق من مالية الرهن لا من عينه لان الاستيفاء لا يتحقق الا فى الجنس ولا مجانسة بين التوثيق و بين عين الجارية فلا يتصور الاستيفاء من عينها فلا يعتبر ظنه ولو وطئ البائع الجارية المبيعة قبل التسليم لا حد عليه وكذلك الزوج اذا وطئ الجارية التى تزوج عليها قبل التسليم لان ملك الرقبة وان زال بالبيع والنكاح فملك اليد قائم فيورث شبهة ولو وطئ المستأجر جارية الاجارة والمستعير جارية الاعارة والمستودع جارية الوديعة يحدوان قال ظننت انها تحل لى لان هذا ظن عرى عن دليل فكان فى غير موضعه فلا يعتبر ولو زفت اليه غير امرأته وقلن النساء ان هذه امرأتك فوطئها لا حد عليه منهم من قال انما لم يجب الحد لشبهة الاشتباه وهذا غير سديد فانها اذا جاءت بولد يثبت النسب ولو كان امتناع الوجوب لشبهة الاشتباه ينبغى أن لا يثبت لان النسب لا يثبت فى شبهة الاشتباه كما فيما ذكرنا من المسائل وههنا يثبت النسب دل أن الامتناع ليس لشبهة الاشتباه بل لمعنى آخر وهو ان وطأها بناء على دليل ظاهر يجوز بناء الوطء عليه وهو الاخبار بانها امرأته بل لا دليل ههنا سواه فلئن تبين الامر بخلافه فقيام الدليل المبيح من حيث الظاهر يورث شبهة ولو وطئ أجنبية وقال ظننت انها امرأتى أو جاريتى أو شبهتها بامرأتى أو جاريتى يجب الحد لان هذا الظن غير معتبر لعدم استناده الى دليل فكان ملحقاً بالعدم فلا يحل الوطء بناء على هذا الظن ما لم يعرف انها امرأته بدليل إما بكلامها أو باخبار مخبر ولم يوجد مع ما أنا لو اعتبرنا هذا الظن فى اسقاط الحد لم يتم حد الزنا فى موضع ما اذ الزانى لا يعجز عن هذا القدر فيؤدى الى سد باب الحد وهكذا روى عن ابراهيم النخعى رحمه الله أنه قال لو قيل هذا لما أقيم الحد على أحد وكذلك لو كان الرجل أعمى فوجد امرأة فى بيته فوقع عليها وقال ظننتها امرأتى عليه الحد لان هذا ظن لم يستند الى دليل اذ قد يكون فى البيت من لا يجوز وطؤها من المحارم والاجنبيات فلا يحل الوطء بناء على هذا الظن فلم تثبت الشبهة وروى عن محمد فى رجل اعمى دعى امرأته فقال يا فلانة فاجابت غيرها فوقع عليها انه يحد ولو أجابته غيرها وقالت أنا فلانة فوقع عليها لم يحد و يثبت النسب وهى كالمرأة المزفوفة الى غير زوجها لانه لا يحل له وطؤها بنفس الاجابة ما لم تقل أنا فلانة لان الاجابة قد تكون من التى ناداها وقد تكون من غيرها فلا يجوز بناء الوطء على نفس الاجابة فاذا فعل لم يعذر بخلاف ما اذا قالت أنا فلانة فوطئها لانه لا سبيل للاعمى الى أن يعرف انها امرأته الا بذلك الطريق فكان معذوراً فاشبه المرأة المزفوفة حتى لو كان الرجل بصيرا لا يصدق على ذلك لامكان الوصول الى انها امرأته بالرؤية وروى عن زفر فى رجل أعمى وجد على فراشه أو مجلسه امرأة نائمة فوقع عليها وقال ظننت انها امرأتى يدرأ عنه الحد وعليه العقر وقال أبو يوسف لا يدرأ (وجه) قول زفر انه ظن فى موضع الظن اذا لظاهر انه لا ينام على فراشه غير امرأته فكان ظنه مستنداً الى دليل ظاهر فيوجب درأ الحد كما لو زفت اليه غير امرأته فوطئها (وجه) قول أبى يوسف ان النوم على الفراش لا يدل على انها امرأته لجواز أن ينام على فراشه غير امرأته فلا يجوز استحلال الوطء بهذا القدر فاذا استحل وظهر الامر بخلافه لم يكن معذوراً والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما الاحصان فالاحصان نوعان احصان الرجم واحصان القذف أما احصان الرجم فهو عبارة فى الشرع عن اجتماع صفات اعتبرها الشرع لوجوب الرجم وهى سبعة العقل والبلوغ والحرية والاسلام والنكاح الصحيح وكون الزوجين جميعاً على هذه الصفات وهو ان يكونا جميعا عاقلين بالغين حرين مسلمين فوجود هذه الصفات جميعاً فيهما شرط لكون كل واحد منهما محصناً والدخول فى النكاح الصحيح بعد سائر الشرائط متأخراً عنها فان تقدمها لم يعتبر ما لم يوجد دخول آخر بعدها فلا احصان للصبى والمجنون والعبد والكافر ولا بالنكاح الفاسد

ولا بنفس النكاح مالم يوجد الدخول ومالم يكن الزوجان جميعاً وقت الدخول على صفة الاحصان حتى ان الزوج العاقل البالغ الحر المسلم اذا دخل بزوجته وهى صبية أو مجنونة أو أمة أو كتابية ثم أدركت الصبية وأفاقت المجنونة وأعتقت الامة وأسلمت الكافرة لا يصير محصناً مالم يوجد دخول آخر بعد زوال هذه العوارض حتى لو زنى قبل دخول آخر لا يرجم فاذا وجدت هذه الصفات صار الشخص محصنا لان الاحصان فى اللغة عبارة عن الدخول فى الحصن يقال أحصن أى دخل الحصن كما يقال أعرق أى دخل العراق وأشأم أى دخل الشأم وأحصن أى دخل فى الحصن ومعناه دخل حصناً عن الزنا اذا دخل فيه وانما يصير الانسان داخلا فى الحصن عن الزنا عند توفر الموانع وكل واحد من هذه الجملة مانع عن الزنا فعند اجتماعها تتوفر الموانع أما العقل فلان للزنا عاقبة ذميمة والعقل يمنع عن ارتكاب ماله عاقبة ذميمة وأما البلوغ فان الصبى لنقصان عقله ولقلة تأمله لاشتغاله باللهو واللعب لا يقف على عواقب الامور فلا يعرف الحميدة منها والذميمة وأما الحرية فلان الحر يستنكف عن الزنا وكذا الحرة ولهذا لما قرأ رسول الله صلى الله عليه وسلم آية المبايعة على النساء وبلغ الى قول الله تعالى ولا يزنين قالت هند امرأة أبى سفيان أوتزنى الحرة يارسول الله وأما الاسلام فلانه نعمة كاملة موجبة للشكر فيمنع من الزنا الذى هو وضع الكفر فى موضع الشكر وأما اعتبار اجتماع هذه الصفات فى الزوجين جميعا فلان اجتماعها فيهما يشعر بكمال حالهما وذا يشعر بكمال اقتضاء الشهوة من الجانبين لان اقتضاء الشهوة بالصبية والمجنونة قاصر وكذا بالرقيق لكون الرق من نتائج الكفر فينفر عنه الطبع وكذا بالكافرة لان طبع المسلم ينفر عن الاستمتاع بالكافرة ولهذا قال النبى عليه الصلاة والسلام لحذيفة رضى الله عنه حين أراد أن يتزوج يهودية دعها فانها لا تحصنك وأما الدخول بالنكاح الصحيح فلانه اقتضاء الشهوة بطريق حلال فيقع به الاستغناء عن الحرام والنكاح الفاسد لا يفيد فلا يقع به الاستغناء وأما كون الدخول آخر الشرائط فلان الدخول قبل استيفاء سائر الشرائط لا يقع اقتضاء الشهوة على سبيل الكمال فلا تقع الغنية به عن الحرام على التمام وبعد استيفائها تقع به الغنية على الكمال والتمام فثبت أن هذه الجملة موانع عن الزنا فيحصل بها معنى الاحصان وهو الدخول فى الحصن عن الزنا ولا خلاف فى هذه الجملة الا فى الاسلام فانه روى عن أبى يوسف أنه ليس من شرائط الاحصان حتى لا يصير المسلم محصنا بنكاح الكتابية والدخول بها فى ظاهر الرواية وكذلك الذمى العاقل البالغ الحر الثيب اذا زنا لا يرجم فى ظاهر الرواية بل يجلد وعلى ماروى عن أبى يوسف يصير المسلم محصنا بنكاح الكتابية ويرجم الذمى به وبه أخذ الشافعى رحمه الله تعالى واحتجا بما روى أنه عليه الصلاة والسلام رجم يهوديين ولو كان الاسلام شرطا لما رجم ولان اشتراط الاسلام للزجر عن الزنا والدين المطلق يصلح للزجر عن الزنا لان الزنا حرام فى الاديان كلها (ولنا) فى زنا الذمى قوله تعالى الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة أوجب سبحانه وتعالى الجلد على كل زان وزانية أو على مطلق الزانى والزانية من غير فصل بين المؤمن والكافر ومتى وجب الجلد انتفى وجوب الرجم ضرورة ولان زنا الكافر لا يساوى زنا المسلم فى كونه جناية فلا يساويه فى استدعاء العقوبة كزنا البكر مع زنا الثيب وبيان ذلك ان زنا المسلم اختص بمزيد قبح انتفى ذلك فى زنا الكافر وهو كون زناه وضع الكفران فى موضع الشكر لان دين الاسلام نعمة ودين الكفر ليس بنعمة وفى زنا المسلم بالكتابية قوله عليه الصلاة والسلام لحذيفة رضى الله عنه حين أراد أن يتزوج يهودية دعها فانها لا تحصنك وقوله عليه الصلاة والسلام من أشرك بالله فليس بمحصن والذمى مشرك على الحقيقة فلم يكن محصنا وماذكرنا أن فى اقتضاء الشهوة بالكافرة قصوراً فلا يتكامل معنى النعمة فلا يتكامل الزاجر وقوله الزجر يحصل بأصل الدين قلنا نعم لكنه لا يتكامل الا بدين الاسلام لانه نعمة فيكون الزنا من المسلم وضع الكفران فى موضع الشكر ودين الكفر ليس بنعمة فلا يكون فى كونه زاجراً مثله وأما حديث رجم اليهوديين فيحتمل انه كان قبل نزول آية الجلد فانتسخ بها ويحتمل انه كان بعد نزولها ونسخ خبر الواحد أهون من نسخ الكتاب العزيز واحصان كل واحد من الزانيين ليس بشرط

لوجوب الرجم على أحدهما حتى لو كان أحدهما محصناً والآخر غير محصن فالمحصن منهما يرجم وغير المحصن يجلد ثم اذا ظهر احصان الزانى بالبينة أو بالاقرار يرجم بالنص والمعقول أما النص فالحديث المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام لا يحل دم امرئ مسلم الا باحدى معان ثلاث كفر بعد ايمان و زنا بعد احصان وقتل نفس بغير حق وروى أنه عليه الصلاة والسلام رجم ماعزا وكان محصنا وأما المعقول فهو أن المحصن اذا توفرت عليه الموانع من الزنا فاذا أقدم عليه مع توفر الموانع صار زناه غاية فى القبح فيجازى بما هو غاية فى العقوبات الدنيوية وهو الرجم لان الجزاء على قدر الجناية ألا ترى ان الله سبحانه وتعالى توعد نساء النبى عليه الصلاة والسلام بمضاعفة العذاب اذا أتين بفاحشة لعظم جنايتهن لحصولها مع توفر الموانع فيهن لعظم نعم الله سبحانه وتعالى عليهن لنيلهن صحبة رسول الله صلى الله عليه وسلم ومضاجعته فكانت جنايتهن على تقدير الاتيان غاية فى القبح فاوعدن بالغاية من الجزاء كذا ههنا ولا يجمع بين الجلد والرجم عند عامة العلماء وقال بعض الناس يجمع بينهما لظاهر قوله عليه الصلاة والسلام والثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة (ولنا) أنه عليه الصلاة والسلام رجم ماعزا ولم يجلده ولو وجب الجمع بينهما لجمع ولان الزنا جناية واحدة فلا توجب الا عقوبة واحدة والجلد والرجم كل واحد منهما عقوبة على حدة فلا يجبان لجناية واحدة والحديث محمول على الجمع بينهما فى الجلد والرجم لكن فى حالين فيكون عملا بالحديث واذا فقد شرط من شرائط الاحصان لا يرجم بل يجلد لان الواجب بنفس الزنا هو الجلد بآية الجلد ولان زنا غير المحصن لا يبلغ غاية فى القبح فلا تبلغ عقوبته النهاية فيكتفى بالجلد وهل يجمع بين الجلد والتغريب اختلف فيه قال أصحابنا لا يجمع الا اذا رأى الامام المصلحة فى الجمع بينهما فيجمع وقال الشافعى رحمه الله يجمع بينهما احتج بما روى أنه عليه الصلاة والسلام قال البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام وروى عن سيدنا عمر رضى الله عنه أنه جلد وغرب وكذا روى عن سيدنا على رضى الله عنه أنه فعل كذا ولم ينكر عليهما أحد من الصحابة فيكون اجماعا (ولنا) قوله عز وجل الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة والاستدلال به من وجهين أحدهما أنه عز وجل أمر بجلد الزانية والزانى ولم يذكر التغريب فمن أوجبه فقد زاد على كتاب الله عز وجل والزيادة عليه نسخ ولا يجوز نسخ النص بخبر الواحد والثانى أنه سبحانه وتعالى جعل الجلد جزاء والجزاء اسم لما تقع به الكفاية مأخوذ من الاجتزاء وهو الاكتفاء فلو أوجبنا التغريب لا تقع الكفاية بالجلد وهذا خلاف النص ولان التغريب تعريض للمغرب على الزنا لانه ما دام فى بلده يمتنع عن العشائر والمعارف حياء منهم وبالتغريب يزول هذا المعنى فيعرى الداعى عن الموانع فيقدم عليه والزنا قبيح فما أفضى اليه مثله وفعل الصحابة محمول على انهم رأوا ذلك مصلحة على طريق التعزير ألا يرى أنه روى عن سيدنا عمر رضى الله عنه أنه نفى رجلا فلحق بالروم فقال لا أنفى بعدها أبداً وعن سيدنا على رضى الله عنه أنه قال كفى بالنفى فتنة فدل ان فعلهم كان على طريق التعزير ونحن به نقول أن للامام أن ينفى ان رأى المصلحة فى التغريب ويكون النفى تعزيراً لا حداً والله سبحانه وتعالى أعلم وأما احصان القذف فنذكره فى حد القذف ان شاء الله تعالى

﴿ فصل ﴾ وأما حد الشرب فسبب وجوبه الشرب وهو شرب الخمر خاصة حتى يجب الحد بشرب قليلها وكثيرها ولا يتوقف الوجوب على حصول السكر منها وحد السكر سبب وجوبه السكر الحاصل بشرب ما سوى الخمر من الاشربة المعهودة المسكرة كالسكر ونقيع الزبيب والمطبوخ أدنى طبخة من عصير العنب أو التمر والزبيب والمثلث ونحو ذلك والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما شرائط وجوبها فمنها العقل ومنها البلوغ فلا حد على المجنون والصبى الذى لا يعقل ومنها الاسلام فلا حد على الذمى والحربى المستأمن بالشرب ولا بالسكر فى ظاهر الرواية ومنها عدم الضرورة فى شرب الخمر فلا حد على من أكره على شرب خمر ولا على من أصابته مخمصة وانما كان كذلك لان الحد عقوبة محضة فتستدعى جناية محضة وفعل الصبى والمجنون لا يوصف بالجناية وكذا الشرب لضرورة المخمصة والاكراه حلال فلم

يكن جناية وشرب الخمر مباح لاهل الذمة عند أكثر مشايخنا فلا يكون جناية وعند بعضهم وان كان حراماً لكنا نهينا على التعرض لهم وما يدينون وفى اقامة الحد عليهم تعرض لهم من حيث المعنى لانها تمنعهم من الشرب وعن الحسن بن زياد انهم اذا شربوا وسكروا يحدون لاجل السكر لا لاجل الشرب لان السكر حرام فى الاديان كلها وما قاله الحسن حسن ومنها بقاء اسم الخمر للمشروب وقت الشرب فى حد الشرب لان وجوب الحد بالشرب تعلق به حتى لو خلط الخمر بالماء ثم شرب نظر فيه ان كانت الغلبة للماء لاحد عليه لان اسم الخمرية يزول عند غلبة الماء وان كانت الغلبة للخمر أو كانا سواء يحد لان اسم الخمر باق وهى عادة بعض الشربة انهم يشربونها ممزوجة بالماء وكذلك من شرب دردى الخمر لاحد عليه لان دردى الخمر لا يسمى خمراً وان كان لا يخلو عن أجزاء الخمر (فاما) الذكورة فليست بشرط حتى يجب الحد على الذكر والانثى وأما الحرية فكذلك الا أن حد الرقيق يكون على النصف من حد الحر ولا حد على من توجد منه رائحة الخمر لان وجود رائحة الخمر لا يدل على شرب الخمر لجواز انه تمضمض بها ولم يشربها أو شربها عن اكراه أو مخمصة وكذلك من تقيأ خمراً لا حد عليه لما قلنا والله سبحانه وتعالى أعلم وأما الاشربة التى تتخذ من الاطعمة كالحنطة والشعير والدخن والذرة والعسل والتين والسكر ونحوها فلا يجب الحد بشربها لان شربها حلال عندهما وعند محمد وان كان حراما لكن هى حرمة محل الاجتهاد فلم يكن شربها جناية محضة فلا تتعلق بها عقوبة محضة ولا بالسكر منها وهو الصحيح لان الشرب اذا لم يكن حراما أصلا فلا عبرة بنفس السكر كشرب البنج ونحوه والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما حد القذف فسبب وجوبه القذف بالزنا لانه نسبه الى الزنا وفيها الحاق العار بالمقذوف فيجب الحد دفعا للعار عنه والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما شرائط وجوبه فأنواع بعضها يرجع الى القاذف وبعضها يرجع الى المقذوف وبعضها يرجع اليهما جميعا وبعضها الى المقذوف به وبعضها يرجع الى المقذوف فيه وبعضها يرجع الى نفس القذف أما الذى يرجع الى القاذف فانواع ثلاثة أحدها العقل والثانى البلوغ حتى لو كان القاذف صبياً أو مجنوناً لاحد عليه لان الحد عقوبة فيستدعى كون القذف جناية وفعل الصبى والمجنون لا يوصف بكونه جناية والثالث عدم اثباته باربعة شهداء فان أتى بهم لا حد عليه لقوله سبحانه وتعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا باربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة علق سبحانه وتعالى وجوب اقامة الحد بعد الاثبات باربعة شهود وليس المراد منه عدم الاتيان فى جميع العمر بل عند القذف والخصومة اذ لو حمل على الابد لما أقيم حد أصلا اذ لا يقام بعد الموت ولان الحد انما وجب لدفع عار الزنا عن المقذوف واذا ظهر زناه بشهادة الاربعة لا يحتمل الاندفاع بالحد ولان هذا شرط يزجر عن قذف المحصنات وأما حرية القاذف واسلامه وعفته عن فعل الزنا فليس بشرط فيحد الرقيق والكافر ومن لا عفة له عن الزنا والشرط احصان المقذوف لا احصان القاذف والله سبحانه وتعالى الموفق

﴿فصل﴾ وأما الذى يرجع الى المقذوف فشيئان أحدهما أن يكون محصناً رجلا كان أو امرأة وشرائط احصان القذف خمسة العقل والبلوغ والحرية والاسلام والعفة عن الزنا فلا يجب الحد بقذف الصبى والمجنون والرقيق والكافر ومن لا عفة له عن الزنا أما العقل والبلوغ فلأن الزنا لا يتصور من الصبى والمجنون فكان قذفهما بالزنا كذباً محضا فيوجب التعزير لا الحد وأما الحرية فلان الله سبحانه وتعالى شرط الاحصان فى آية القذف وهى قوله تبارك وتعالى والذين يرمون المحصنات والمراد من المحصنات ههنا الحرائر لا العفائف عن الزنا فدل أن الحرية شرط ولانا لو أوجبنا على قاذف المملوك الجلد لا وجبنا ثمانين وهو لو أتى بحقيقة الزنا لا يجلد الا خمسين وهذا لا يجوز لان القذف نسبة الى الزنا وأنه دون حقيقة الزنا وأما الاسلام والعفة عن الزنا فلقوله تعالى والذين يرمون المحصنات الغافلات المؤمنات والمحصنات الحرائر والغافلات العفائف عن الزنا والمؤمنات معلومة فدل أن الايمان والعفة عن

عن الزنا والحرية شرط ودلت هذه الآية على ان المراد من المحصنات فى هذه الآية الحرائر لا العفائف لانه سبحانه وتعالى جمع فى هذه الآية بين المحصنات والغافلات فى الذكر والغافلات العفائف فلو أريد بالمحصنات العفائف لكان تكراراً ولان الحد انما يجب لدفع العار عن المقذوف ومن لا عفة له عن الزنا لا يلحقه العار بالقذف بالزنا وكذا قوله عليه الصلاة والسلام من أشرك بالله فليس بمحصن يدل على ان الاسلام شرط ولان الحد انما وجب بالقذف دفعاً لعار الزنا عن المقذوف وما فى الكافر من عار الكفر أعظم والله سبحانه وتعالى أعلم ثم تفسير العفة عن الزنا هو ان لم يكن المقذوف وطئ فى عمره وطأ حراما فى غير ملك ولا نكاح أصلا ولا فى نكاح فاسد فسادا مجمعا عليه فى السلف فان كان فعل سقطت عفته سواء كان الوطء زنا موجبا للحد أو لم يكن بعد أن يكون على الوصف الذى ذكرنا وان كان وطئ وطأ حراما لكن فى الملك أو النكاح حقيقة أو فى نكاح فاسد لكن فساداهو محل الاجتهاد لا تسقط عفته وبيان هذه الجملة فى مسائل اذا وطئ امرأة بشبهة بان زفت اليه غير امرأته فوطئها سقطت عفته لوجود الوطء الحرام فى غير ملك ولا نكاح أصلا الا أنه لم يجب الحد لقيام الدليل المبيح من حيث الظاهر على ما ذكرنا فيما تقدم وكذلك اذا وطئ جارية مشتركة بينه وبين غيره لان الوطء يصادف كل الجارية وكلها ليس ملكه فيصادف ملك الغير لا محالة فكان الفعل زنا من وجه لكن درئ الحد للشبهة وكذلك اذا وطئ جارية أبويه أو زوجته أو جارية اشتراها وهو يعلم انها للغير البائع ثم استحقت لما قلنا وكذلك لو وطئ جارية ابنه فاعلقها أو لم يعلقها لوجود الوطء المحرم فى غير ملك حقيقة ولو وطئ الحائض أو النفساء أو الصائمة أو المحرمة أو الحرة التى ظاهر منها أو الامة المزوجة لم تسقط عفته لقيام الملك أو النكاح حقيقة وانه محلل الا انه منع من الوطء لغيره وكذا اذا وطئ مكاتبته فى قولهما واحدى الروايتين عن أبى يوسف وفى رواية أخرى عنه وهو قول زفر تسقط عفته (وجه) قولهما ان هذا وطء حصل فى غير الملك لان عقد الكتابة أوجب زوال الملك فى حق الوطء ألا ترى أنه لا يباح له أن يطأها وكذا المهر يكون لها لا للمولى وهذا دليل زوال الملك فى حق الوطء ولنا ان الوطء يصادف الذات وملك الذات قائم بعد الكتابة فكان الملك المحلل قائما وانما الزائل ملك اليد فمنع من الوطء لما فيه من استردادها على نفسها فاشبهت الجارية المزوجة ولو تزوج معتدة الغير أو منكوحة الغير أو مجوسية أو أخته من الرضاع سقطت عفته سواء علم أو لم يعلم فى قول أبى حنيفة رضى الله عنه وعندهما اذا كان لا يعلم لا تسقط (وجه) قولهما أنه اذا لم يعلم لا يكون الوطء حراما بدليل انه لا يأثم ولو كان حراما لأثم واذا لم يكن حراما لم تسقط العفة ولابى حنيفة رحمه الله ان حرمة الوطء ههنا ثابتة بالاجماع الا ان الاثم منتف والاثم ليس من لوازم الحرمة على ما عرف واذا كانت الحرمة ثابتة بيقين سقطت العفة ولو قبل امرأة بشهوة أو نظر الى فرجها بشهوة ثم تزوج بابنتها فوطئها أو تزوج بامها فوطئها لا تسقط عفته فى قول أبى حنيفة رحمه الله وعندهما تسقط (وجه) قولهما ان التقبيل أو النظر أوجب حرمة المصاهرة وانها حرمة مؤبدة فتسقط العصمة كحرمة الرحم المحرم ولابى حنيفة رحمه الله ان هذه الحرمة ليست مجمعا عليها بل هى محل الاجتهاد فى السلف فلا تسقط العفة فاما اذا تزوج امرأة فوطئها ثم تزوج ابنتها أو أمها فوطئها سقطت عفته بالاجماع لان هذا النكاح مجمع على فساده فلم يكن محل الاجتهاد ولو تزوج امرأة بغير شهود فوطئها سقطت عفته لان فساد هذا النكاح مجمع عليه لا اختلاف فيه فى السلف اذ لا يعرف الخلاف فيه بين الصحابة فلا يعتد بخلاف مالك فيه ولو تزوج أمة وحرة فى عقدة واحدة فوطئهما أو تزوج أمة على حرة فوطئهما لم تسقط عفته لان فساد هذا النكاح ليس مجمعاً عليه فى السلف بل هو محل الاجتهاد فالوطء فيه لا يوجب سقوط العفة ولو تزوج ذمى امرأة ذات رحم محرم منه ثم أسلم فقذفه رجل ان كان قد دخل بها بعد الاسلام سقطت عفته بالاجماع وان كان الدخول فى حال الكفر لم تسقط فى قول أبى حنيفة وعندهما تسقط هكذا ذكر الكرخى وذكر محمد رحمه الله فى الاصل انه يشترط احصانه ولم يذكر الخلاف وهو الصحيح لان هذا النكاح مجمع على فساده وانما سقط الحد على أصل أبى حنيفة عليه الرحمة لنوع شبهة والله سبحانه وتعالى أعلم ولا حد على من قذف امرأة محدودة

فى الزنا أومعها ولد لا يعرف له أب أولاعنت بولد لان امارة الزنا معها ظاهرة فلم تكن عفيفة فان لاعنت بغير الولد أومع الولد لـكنه لم يقطع النسب أوقطع لـكن الزوج عاد وأكذب نفسه والحق النسب بالاب حد لانه لم يظهر منها علامة الزنا فكانت عفيفة والثانى أن يكون المقذوف معلوما فان كان مجهولا لا يجب الحد كما اذا قال لجماعة كلكم زان الا واحدا أوقال ليس فيكم زان الا واحدا أوقال لرجلين أحدكما زان لان المقـذوف مجهول ولوقال لرجلين أحدكما زان فقال له رجل أحدهما هذا فقال لا لا حد للاآخر لانه لم يقذف بصريح الزنا ولا بما هوفى معنى الصريح ولوقال لرجل جدك زان لاحد عليـه لان اسم الجد ينطلق على الاسفل وعلى الاعلى فكان المقذوف مجهولا ولوقال لرجـل أخوك زان فان كان له اخوة أوأخوان سواه لاحد على القاذف لان المقذوف مجهول وان لم يكن له الا أخ واحد فعليه الحد اذا حضر وطالب لان المقذوف معـلوم وليس لهـذا الاخ ولاية المطالبة لما نذكر فى موضعه ان شاء الله تعالى (وأما) حياة المقـذوف وقت القذف فليس بشرط لوجوب الحد على القاذف حتى يجب الحد بقذف الميت لما نذكر فى موضعه ان شاء الله تعالى

﴿فصل﴾ وأما الذى يرجع اليهما جميعا فواحد وهو أن لا يكون القاذف أب المقذوف ولا جده وان علا ولا أمه ولا جدته وان علت فان كان لا حـد عليـه لقول الله تعالى ولا تقل لهما أف والنهى عن التأفيف نصا نهى عن الضرب دلالة ولهـذا لا يقتل به قصاصا ولقوله تبارك وتعالى وبالوالدين احسانا والمطالب بالقذف ليس من الاحسان فى شىء فـكان منفيا بالنص ولان توقير الاب واحترامـه واجب شرعا وعقلا والمطالبة بالقذف للجد ترك التعظيم والاحـترام فـكان حراما والله سبحانه وتعالى الموفق

﴿فصل﴾ وأما الذى يرجع الى المقذوف به فنوعان أحدهما أن يكون القذف بصريح الزنا وما يجرى مجرى الصريح وهو نفى النسب فان كان بالـكناية لا يوجب الحد لان الـكناية محتملة والحـد لا يجب مع الشبهـة فمع الاحتمال أولى وبيان هذه الجملة فى مسائل اذا قال لرجل يا زانى أوقال زنيت أوقال أنت زانى يحـد لانه أتى بصريح القذف بالزنا ولو قال يا زانئ بالهمز أو زنأت بالهمز يحـد ولوقال عنيت به الصعود فى الجبل لا يصـدق لان العامة لا تفرق بين المهموز والملين وكذا من العرب من يهمز الملين فبقى مجرد النية فلا يعتبر ولوقال زنأت فى الجبل يحد ولوقال عنيت به الصعود فى الجبل لا يصدق فى قولهما وعند محمد رحـمه الله يصدق ولوقال زنأت على الجبل وقال عنيت به الصعود لا يصدق بالاجماع (وجه) قول محمد رحمه الله ان الزنا الذى هو فاحشة ملين يقال زنا يزنى زنا والزنا الذى هو صعود مهموز يقال زنأ يزنأ زنأ وقال الشاعر *وارق الى الخيرات زنأ فى الجبل* وأراد به الصعود الا أنه اذا لم يقل عنيت به الصعود حمل على الزنا المعروف لان اسم الزنا يستعمل فى الفجور عرفا وعادة واذا قال عنيت به الصعود فقـد عنى به ما هو موجب اللفظ لغة فلزم اعتباره (وجه) قولهما أن اسم الزنا يستعمل فى الفجور عرفا وعادة والعامة لا تفصل بين المهموز والملين بل تستعمل المهموز مليناً والملين مهموزا فلا يصدق فى الصرف عن المتعارف كما اذا قال زنيت فى الجبل وقال عنيت به الصعود أو زنأت ولم يذكر الجبـل الا أنه استعمل كلمة فى مكان كلمـة على وأنه جائز قال الله سـبحانه وتعالى ولاصلبنكم فى جـذوع النخل أى على جـذوع النخل ومن مشايخنا من علل لهما بان المهموز منه يحتمل معنى الملين وهو الزنا المعروف لان من العرب من يهمز الملين فيتعين معـنى الملين بدلالة الحال وهى حال الغضب لان المسـئلة مقصورة فيها واذا قال زنأت على الجبل وقال عنيت به الصعود لم يصدق لانه لا تستعمل كلمة على فى الصعود فلا يقال صعد على الجبل وانما يقال صعد فى الجبل ولوقال لرجل يا ابن الزانى فهو قاذف لابيه كانه قال أبوك زانى ولوقال يا ابن الزانية فهو قاذف لامه كانه قال أمك زانية ولوقال يا ابن الزانى والزانية فهو قاذف لابيه وأمـه كانه قال أبواك زانيان ولوقال يا ابن الزنا أو يا ولد الزنا كان قـذفا لان معناه فى عرف الناس وعادتهم انك مخـلوق من ماء الزنا ولوقال يا ابن الزانيتين يكون قذفا ويعتبر احصان أمـه التى ولدته لا احصان جدته حتى لو كانت أمـه مسلمة فعليه الحد وان كانت

جدته كافرة وان كانت أمه كافرة فلا حد عليه وان كانت جدته مسلمة لان أمه فى الحقيقة والدته والجدة تسمى أما مجازا وكذلك لو قال يا ابن مائة زانية أو يا ابن ألف زانية يكون قاذفا لامه ويعتبر فى الاحصان حال الام لما قلنا ويكون المراد من العدد المذكور عدد المرات لا عدد الاشخاص اى امك زنت مائة مرة أو ألف مرة ولو قال يا ابن القحبة لم يكن قاذفا لان هذا الاسم كما يطلق على الزانية يستعمل على المهيأة المستعدة للزنا وان لم تزن فلا يجعل قذفا مع الاحتمال وكذلك لو قال يا ابن الدعية لان الدعية هى المرأة المنسوبة الى قبيلة لا نسب لها منهم وهذا لا يدل على كونها زانية لجواز ثبوت نسبها من غيرهم ولو قال لرجل يا زانى فقال الرجل لا بل أنت الزانى أو قال لا بل أنت يحدان جميعاً لان كل واحد منهما قذف صاحبه صريحا ولو قال لامرأة يا زانية فقالت زنيت بك لا حد على الرجل لان المرأة صدقته فى القذف فخرج قذفه من ان يكون موجبا للحد وتحد المرأة لانها قذفته بالزنا نصا ولم يوجد منه التصديق ولو قال لامرأة يا زانية فقالت زنيت معك لا حد على الرجل ولا على المرأة أما على الرجل فلوجود التصديق منها إياه وأما على المرأة فلأن قولها زنيت معك يحتمل ان يكون المراد منه زنيت بك ويحتمل ان يكون معناه زنيت بحضرتك فلا يجعل قذفا مع الاحتمال ولو قال لامرأته يا زانية فقالت لا بل أنت حدت المرأة حد القذف ولا لعان على الرجل لان كل واحد من الزوجين قذف صاحبه وقذف المرأة يوجب حد القذف وقذف الزوج امرأته يوجب اللعان وكل واحد منهما حد وفى البداية بحد المرأة إسقاط الحد عن الرجل لان اللعان شهادات مؤكدة بالايمان والمحدود فى القذف لا شهادة له ونظير هذا ما قالوا فيمن قال لامرأته يا زانية بنت الزانية فخاصمت الأم أولا فحد الزوج حد القذف سقط اللعان لانه بطلت شهادته ولو خاصمت المرأة أولا فلاعن القاضى بينهما ثم خاصمت الام يحد الرجل حد القذف ولو قال لامرأته يا زانية فقالت زنيت بك لا حد ولا لعان لانه يحتمل انها أرادت بقولها زنيت بك اى قبل النكاح ويحتمل انها ارادت اى ما مكنت من الوطء غيرك فان كان ذلك زنا فهو زنا لان هذا متعارف فان ارادت الاول لا يجب اللعان ويجب الحد لانها اقرت بالزنا وان ارادت به الثانى يجب اللعان لان الزوج قذفها بالزنا وهى لم تصدقه فيما قذفها به ولا حد عليها فوقع الاحتمال فى ثبوت كل واحد منهما فلا يثبت ولو قال لامرأة انت زانية فقالت المرأة انت ازنى منى يحد الرجل ولا تحد المرأة اما الرجل فلأنه قذفها بصريح الزنا ولم يوجد منها التصديق واما المرأة فلان قولها انت ازنى منى يحتمل انها ارادت به النسبة الى الزنا على الترجيح ويحتمل انها ارادت انت اقدر على الزنا واعلم به منى فلا يحمل على القذف مع الاحتمال وكذلك اذا قال لانسان انت ازنى الناس أو ازنى الزناة او ازنى من فلان لا حد عليه لما قلنا وروى عن ابى يوسف انه فرق بين قوله ازنى الناس و بين قوله ازنى منى او من فلان فقال فى الاول يحد وفى الثانى لا يحد (ووجه) الفرق له ان قوله انت ازنى الناس امكن حمله على ما يقتضيه ظاهر الصيغة وهو الترجيح فى وجود فعل الزنا منه لتحقق الزنا من الناس فى الجملة فيحمل عليه وقوله انت ازنى منى او من فلان لا يمكن حمله على الترجيح فى وجود الزنا لجواز انه لم يوجد الزنا منه او من فلان فيحمل على الترجيح فى القدرة او العلم فلا يكون قذفا بالزنا ولو قال لرجل زنيت وفلان معك كان قاذفا لهما لانه قذف أحدهما وعطف الآخر عليه بحرف الواو وانها للجمع المطلق فكان مخبراً عن وجود الزنا من كل واحد منهما رجلان استبا فقال أحدهما لصاحبه ما ابى بزان ولا امى بزانية لم يكن هذا قاذفا لان ظاهره نفى الزنا عن أبيه وعن أمه الا انه قد يكنى بهذا الكلام عن نسبة اب صاحبه وامه الى الزنا لكن القذف على سبيل الكناية والتعريض لا يوجب الحد ولو قال لرجل انت تزنى لا حد عليه لان هذا اللفظ يستعمل للاستقبال و يستعمل للحال فلا يجعل قذفا مع الاحتمال وكذلك لو قال انت تزنى وانا اضرب الحد لان مثل هذا الكلام فى عرف الناس لا يدل على قصد القذف وانما يدل على طريق ضرب المثل على الاستعجاب ان كيف تكون العقوبة على انسان والجناية من غيره كما قال الله تبارك وتعالى ولا تزر وازرة وزر أخرى ولو قال لامرأة ما رأيت زانية خيراً منك او قال لرجل ما رأيت زانيا خيراً منك لم يكن قذفا لانه ما جعل

هذا المذكور خير الزناة وانما جعله خيراً من الزناة وهذا لا يقتضي وجود الزنا منه ولو قال لامرأة زنا بك زوجك قبل
ان يتزوجك فهو قاذف فانه نسب زوجها الى زنا حصل منه قبل التزوج في كلام موصول فيكون قذفا ولو قال لامرأة
وطئك فلان وطأ حراما او جامعك حراما او فجر بك أو قال لرجل وطئت فلانة حراما او باضعتها او جامعتها حراما
فلا حد عليه لانه لم يوجد منه القذف بالزنا بل بالوطء الحرام ويجوز ان يكون الوطء حراما ولا يكون زنا كالوطء بشبهة
ونحو ذلك ولو قال لغيره اذهب الى فلان فقل له يا زاني او يا ابن الزانية لم يكن المرسل قاذفا لانه امر بالقذف ولم يقذف
واما الرسول فان ابتدأ فقال لا على وجه الرسالة يا زاني أو يا ابن الزانية فهو قاذف وعليه الحد وان بلغه على وجه الرسالة
بان قال ارسلني فلان اليك وامرني ان أقول لك يا زاني او يا ابن الزانية لا حد عليه لانه لم يقذف بل اخبر عن قذف غيره
ولو قال لآخر اخبرت انك زاني او اشهدت على ذلك لم يكن قاذفا لانه حكى خبر غيره بالقذف واشهاد غيره بذلك فلم يكن
قاذفا ولو قال لرجل يا لوطي لم يكن قاذفا بالاجماع لان هذا نسبه الى قوم لوط فقط وهذا لا يقتضي انه يعمل عملهم وهو
اللواط ولو أفصح وقال أنت تعمل عمل قوم لوط وسمى ذلك لم يكن قاذفا عند أبي حنيفة أيضا وعندهما هو قاذف
بناء على ان هذا الفعل ليس بزنا عند أبي حنيفة وعندهما هو في معنى الزنا والمسئلة مرت في موضعها ولو قال لرجل
يا زاني فقال له آخر صدقت يحد القاذف ولا حد على المصدق أما الاول فلوجود القذف الصريح منه وأما المصدق
فلان قوله صدقت قذف بطريق الكناية ولو قال صدقت هو كما قلت يحد لان هذا في معنى الصريح ولو قال لرجل
أخوك زان فقال الرجل لا بل أنت يحد الرجل لان كلمة لا بل لتأكيد الاثبات فقد قذف الاول بالزنا على سبيل
التأكيد وأما الاول فينظر ان كان للرجل إخوة أو اخوان سواه فلا حد عليه وان لم يكن له الا أخ واحد فله ان يطالبه
بالحد وليس لهذا الاخ المخاطب ان يطالبه لما ذكرنا فيما تقدم ولو قال لست لابيك فهو قاذف لامه سواء قال في غضب
أو رضا لان هذا الكلام لا يذكر الا لنفي النسب عن الاب فكان قذفا لامه ولو قال ليس هذا أبوك او قال لست أنت
ابن فلان لأبيه اوقال أنت ابن فلان لاجنبي ان كان في حال الغضب فهو قذف وان كان في غير حال الغضب فليس
بقذف لان هذا الكلام قد يذكر لنفي النسب وقد يذكر لنفي التشبه في الاخلاق أي أخلاقك لا تشبه أخلاق أبيك
او أخلاقك تشبه أخلاق فلان الاجنبي فلا يجعل قذفا مع الشك والاحتمال وكذلك اذا قال لرجل يا ابن مزيقيا او
يا ابن ماء السماء انه يكون قذفا في حالة الغضب لا في حالة الرضا لانه يحتمل انه أراد به نفي النسب ويحتمل انه أراد به
المدح بالتشبيه برجلين من سادات العرب فعامر بن حارثة كان يسمى ماء السماء لصفائه وسخائه وعمرو بن عامر كان
يسمى المزيقيا لمزقه الثياب اذ كان ذا ثروة ونجوة كان يلبس كل يوم ثوبا جديداً فاذا أمسى خلعه ومزقه لئلا يلبسه غيره
فيساويه فيحكم الحال في ذلك فان كان في حال الغضب فالظاهر انه أراد به نفي النسب فيكون قذفا وان كان في حال الرضا
فالظاهر انه أراد به المدح فلم يكن قذفا ولو قال لرجل أنت ابن فلان لعمه او لخاله اولزوج أمه لم يكن قذفا لان العم يسمى
أبا وكذلك الخال وزوج الام قال الله سبحانه وتعالى قالوا نعبد إلهك وإله آبائك ابراهيم وإسماعيل واسماعيل كان عم
يعقوب عليه الصلاة والسلام وقد سماه أباه وقال سبحانه وتعالى ورفع أبويه على العرش وقيل انهما أبوه وخالته واذا
كانت الخالة أما كان الخال أبا وقال الله تعالى ان ابني من أهلي قيل في التفسير انه كان ابن امرأته من غيره ولو قال لست
بابن لفلان لجده لم يكن قاذفا لانه صادق في كلامه حقيقة لان الجد لا يسمى أبا حقيقة بل مجازا ولو قال للعربي يا نبطي
لم يكن قذفا وكذلك اذا قال لست من بني فلان للقبيلة التي هو منها لم يكن قاذفا عند عامة العلماء وقال ابن أبي ليلى يكون
قذفا والصحيح قول العامة لان بقوله يا نبطي لم يقذفه ولكنه نسبه الى غير بلده كمن قال للبلدي يا رستاقي
وكذلك اذا قال يا ابن الخياط أو يا ابن الاصفر أو الاسود وأبوه ليس كذلك لم يكن قاذفا بل يكون كاذبا وكذلك
اذا قال يا ابن الاقطع أو يا ابن الاعور وأبوه ليس كذلك يكون كاذباً لا قاذفا كما اذا قال للبصير يا أعمى ثم القذف بلسان
العرب وغيره سواء ويجب الحد لان معنى القذف هو النسبة الى الزنا وهذا يتحقق بكل لسان والله تعالى أعلم والثاني

ان يكون المقذوف به متصورالوجودمن المقذوف فان كان لا يتصور لم يكن قاذفا وعلى هذا يخرج ما اذا قال لآخر زنى فخذك أوظهرك انه لا حد عليه لان الزنا لا يتصور من هذه الاعضاء حقيقة فكان المراد منه المجاز من طريق النسب كما قال عليه الصلاة والسلام العينان تزنيان واليدان تزنيان والرجلان تزنيان والفرج يصدق ذلك كله أو يكذبه وكذلك لوقال زنيت باصبعك لان الزنا بالاصبع لا يتصور حقيقة ولوقال زنى فرجك يحد لان الزنا بالفرج يتحقق كانه قال زنيت بفرجك ولوقال لامرأة زنيت بفرس أوحمار أو بعير أوثور لا حد عليه لانه يحتمل انه أراد به تمكينها من هذه الحيوانات لان ذلك متصور حقيقة ويحتمل انه أراد به جعل هذه الحيوانات عوضا واجرة على الزنا فان أراد به الاول لا يكون قذفا لانها بالتمكين منها لا تصير مزنيا بها لعدم تصور الزنا من البهيمة وان أراد به الثانى يكون قذفا كما اذا قال زنيت بالدراهم أو بالدنانير أو بشئ من الامتعة فلا يجعل قذفا مع الاحتمال ولوقال لها زنيت بناقة أو ببقرة أوأتان أورمكة فعليه الحد لانه تعذر حمله على التمكين فيحمل على العوض لان حرف الباء قد يستعمل فى الاعواض ولوقال ذلك لرجل لم يكن قذفا فى جميع ذلك سواء كان ذكرا أوأنثى لانه يمكن حمله على حقيقة الوطء ووطؤها لا يتصور أن يكون زنا فلا يكون قذفا ويمكن حمله على العوض فيكون قذفا فوقع الاحتمال فى كونه قذفا فلا يجعل قذفا مع الاحتمال ومن مشايخنا من فصل بين الذكر والانثى فقال يكون قذفا فى الذكر لا فى الانثى لان فعل الوطء من الرجل يوجد فى الانثى فلا يحمل على العوض ولا يوجد فى الذكر فيحمل على العوض والصحيح انه لا فرق بين الذكر والانثى لان الوطء يتصور فى الصنفين فى الجملة ولوقال لامرأة زنيت وأنت مكرهة أومعتوهة أومجنونة أو نائمة لم يكن قذفا لانه نسبها الى الزنا فى حال لا يتصور منها وجود الزنا فيها فكان كلامه كذبا لا قذفا ومثله لوقال لامة أعتقت زنيت وأنت أمة أوقال لكافرة أسلمت زنيت وأنت كافرة يكون قذفا وعليه الحد لان فى المسئلة الاولى قذفها للحال بالزنا فى حال لا يتصور منها وجود الزنا فيها فكان كلامه كذبا لا قذفا وفى المسئلة الثانية قذفها للحال لوجود الزنا منها فى حال يتصور منها الزنا وهى حال الرق والكفر لانهما لا يمنعان وقوع الفعل زنا وانما يمنعان الاحصان والاحصان يشترط وجوده وقت القذف لانه السبب الموجب للحد وقد وجد ولوقال لانسان لست لامك لا حد عليه لانه كذب محض لانه نفى النسب من الام ونفى النسب من الام لا يتصور ألا ترى ان أمه ولدته حقيقة وكذلك لوقال له لست لابويك لانه نفى نسبه عنهما ولا ينتفى عن الام لانها ولدته فيكون كذبا بخلاف قوله لست لابيك لان ذلك ليس بنفى لولادة الام بل هو نفى النسب عن الاب ونفى النسب عن الاب يكون قذفا للام وكذلك لوقال له لست لابيك ولست لامك فى كلام موصول لم يكن قذفا لان هذا وقوله لست لابويك سواء ولوقال له لست لآدم أو لست لرجل أولست لانسان لا حد عليه لانه كذب محض لان نسبه لا يحتمل الانقطاع عن هؤلاء فكان كذبا محضا لا قذفا فلا يجب الحد وعلى هذا يخرج ما اذا قال لرجل يازانية انه لا يكون قذفا عندهما وعند محمد يكون قذفا (وجه) قوله ان الهاء قد تدخل صلة زائدة فى الكلام قال الله تعالى عز شأنه خبرا عن الكفار ما أغنى عنى ماليه هلك عنى سلطانيه ومعناه مالى وسلطانى والهاء زائدة فيحذف الزائد فيبقى قوله يازانى وقد تدخل فى الكلام للمبالغة فى الصفة كما يقال علامة ونسابة ونحو ذلك فلا يختل به معنى القذف يدل عليه ان حذفه فى نعت المرأة لا يخل بمعنى القذف حتى لوقال لامرأة يازانى يجب الحد بالاجماع فكذلك الزيادة فى نعت الرجل ولهما انه قذفه بما لا يتصور فيلغو ودليل عدم التصور انه قذفه بفعل المرأة وهو التمكين لان الهاء فى الزانية هاء التأنيث كالضاربة والقاتلة والسارقة ونحوها وذلك لا يتصور من الرجل بخلاف ما اذا قال لامرأة يازانى لانه أتى بمعنى الاسم وحذف الهاء وهاء التأنيث قد تحذف فى الجملة كالحائض والطالق والحامل ونحو ذلك والله تعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما الذى يرجع الى المقذوف فيه وهو المكان فهو أن يكون القذف فى دار العدل فان كان فى دار الحرب أوفى دار البغى فلا يوجب الحد لان المقيم للحدود هم الائمة ولا ولاية لامام أهل العدل على دار الحرب ولا على دار البغى

فلا يقدر على الاقامة فيهما فالقـذف فيهما لا ينعقد موجبا للحـد حين وجوده فـلا يحتمل الاستيفاء بعـد ذلك لان الاستيفاء للواجب والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصـل﴾ وأما الذى يرجع الى نفس القـذف فهو أن يكون مطلقا عن الشرط والاضافة الى وقت فان كان معلقا بشرط أو مضافا الى وقت لا يوجب الحد لان ذكر الشرط او الوقت يمنع وقوعه قذفا للحال وعند وجود الشرط أو الوقت يجعل كانه نجز القذف كما فى سائر التعليقات والاضافات فكان قاذفا تقديرا مع انعدام القذف حقيقة فلا يجب الحد وعلى هذا يخرج ما اذا قال رجـل من قال كذا وكذا فهو زان أو ابن الزانية فقال رجل أنا قلت أنه لا حد على المبتدى لانه علق القذف بشرط القول وكذلك اذا قال لرجل ان دخلت هذه الدار فأنت زان أو ابن الزانية فدخل لا حد على القائل لما قلنا وكذا من قال لغيره أنت زان أو ابن الزانية غداً أو رأس شهر كذا فجاء الغـد والشهر لا حـد عليه لان اضافة القذف الى وقت يمنع تحقق القذف فى الحال وفى المآل على ما بينا والله عز وجل أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان ما تظهر به الحدود عند القاضى فنقول و بالله التوفيق الحدود كلها تظهر بالبينة والاقرار لكن عند استجماع شرائطها أما شرائط البينة القائمة على الحد (فمنها) ما يعم الحدود كلها (ومنها) ما يخص البعض دون البعض أما الذى يعم الكل فالذكورة والاصالة فلا تقبل شهادة النساء ولا الشهادة على الشهادة ولا كتاب القاضى الى القاضى فى الحدود كلها لتمكن زيادة شبهة فيها ذكرناها فى كتاب الشهادات والحـدود لا تثبت مع الشبهات ولو ادعى القاذف أن المقذوف صدقه وأقام على ذلك رجلا وامرأتين جاز وكذلك الشـهادة على الشـهادة وكتاب القاضى الى القاضى لان الشهادة ههنا قامت على اسقاط الحد لا على اثباته والشبهة تمنع من اثبات الحـد لا من اسقاطه (وأما) الذى يخص البعض دون البعض (فمنها) عدم التقادم وانه شرط فى حد الزنا والسرقة وشرب الخمر وليس بشرط فى حد القذف والفرق ان الشاهد اذا عاين الجريمة فهو مخـير بين اداء الشهادة حسبة لله تعالى لقوله تعالى عز وجل وأقيموا الشهادة لله و بين التستر على أخيه المسلم لقوله عليه الصلاة والسلام من ستر على أخيه المسلم ستر الله عليه فى الآخرة فلما لم يشهد على فور المعاينة حتى تقادم العهد دل ذلك على اختيار جهة الستر فاذا شهد بعد ذلك دل على ان الضغينة حملته على ذلك فلا تقبـل شهادته لما روى عن سيدنا عمر رضى الله عنه أنه قال أيما قوم شـهدوا على حـد لم يشهدوا عند حضرته فانما شهدوا عن ضغن ولا شهادة لهم ولم ينقل انه أنكر عليه منكر فيكون اجماعا فدل قول سـيدنا عمر رضى الله عنه على ان مثل هذه الشهادة شهادة ضغينة وانها غير مقبولة ولان التأخير والحالة هـذه يورث تهـمة ولا شهادة للمتهم على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم بخلاف حد القذف لان التأخير ثمة لا يدل على الضغينة والتهمة لان الدعوى هناك شرط فاحتمل ان التأخير كان لتأخير الدعوى من المدعى والدعوى ليست بشرط فى الحـدود الثلاثة فكان التأخير لما قلنا و يشكل على هذا فصل السرقة فان الدعوى هناك شرط ومع هذا التقادم مانع واختلفت عبارات مشايخنا فى الجواب عن هذا الاشكال فقال بعضهم ان معنى الضغينة والتهمة حكمة المنع من قبول الشـهادة والسبب الظاهر هو كون الحـد خالص حق الله تعالى والحكم يدار على السبب الظاهر لا على الحكمة وقد وجد السبب الظاهر فى السرقة فيوجب المنع من قبول الشهادة وهذا ليس بسـديد لان الاصـل تعليق الحكم بالحكمة الا اذا كان وجه الحكمة خفيا لا يوقف عليه الا بحرج فيقام السبب الظاهر مقامه وتجعل الحكمة موجودة تقديرا وههنا يمكن الوقوف عليه من غير حرج ولم توجد فى السرقة لما بينا فيجب أن تقبل الشهادة بعد التقادم وقال بعضهم انما لا تقبـل الشهادة فى السرقة لان دعوى السرقة بعد التقادم لم تصح لان المدعى فى الابتداء مخير بين أن يدعى السرقـة و يقطع طمعه عن ماله احتسابا لاقامة الحد و بين أن يدعى أخذ المال ستراً على أخيه المسلم فلما أخر دل تأخيره على اختيار جهة الستر والاعراض عن جهة الحسبة فلما شهد بعد ذلك فقد قصد الاعراض عن جهة الستر فلا يصح اعراضـه ولم يجعل قاصـدا جهة الحسبة لانه قد كان أعرض عنها عنـد اختياره جهة السـتر فلم تصح دعواه السرقة فلم تقبـل

الشهادة على السرقة لان قبول الشهادة يقف على دعوى صحيحة فيما تشترط فيه الدعوى فبقى مدعيا أخذ المال لاغير فتقبل الشهادة حسبة اذ التقادم لا يمنع قبول الشهادة على الاموال بخلاف حد القذف لان المقذوف ليس بمخير بين بذل النفس و بين اقامة الحد بالدعوى بل الواجب عليه دفع العار عن نفسه ودعوى القذف فلا يتهم بالتأخير فكانت الدعوى صحيحة منه والشيخ منصور الماتريدى رحمه الله أشار الى معنى آخر فى شرح الجامع الصغير حكيته بلفظه وهو أن عادة السراق الاقدام على السرقة فى حال الغفلة وانتهاز الفرصة فى موضع الخفية وصاحب الحق لا يطلع على من شهد ذلك ولا يعرفهم الا بهم و بخبرهم فاذا كتموا أثموا وقد يعلم المدعى شهوده فى غير ذلك من الحقوق و يطلبها اذا احتاج اليها فكانوا فى سعة من تأخيرها واذا بطلت الشهادة على السرقة بالتقادم قبلت فى حق المال لان بطلانها فى حق الحد لتمكن الشبهة فيها والحد لا يثبت مع الشبهة وأما المال فيثبت معها ثم التقادم انما يمنع قبول الشهادة فى الحدود الثلاثة اذا كان التقادم فى التأخير من غير عذر ظاهر فأما اذا كان لعذر ظاهر بأن كان المشهود عليه فى موضع ليس فيه حاكم فحمل الى بلد فيه حاكم فشهدوا عليه جازت شهادتهم وان تأخرت لان هذا موضع العذر فلا يكون التقادم فيه مانعا ثم لم يقدر أبو حنيفة رحمه الله للتقادم تقديرا وفوض ذلك الى اجتهاد كل حاكم فى زمانه فانه روى عن أبى يوسف رحمه الله أنه قال كان أبو حنيفة رحمه الله لا يوقت فى التقادم شيأ وجهدنا به أن يوقت فأبى وأبو يوسف ومحمد رحمهما الله قدراه بشهر فان كان شهرا أو أكثر فهو متقادم وان كان دون شهر فليس بمتقادم لان الشهر أدنى الاجل فكان مادونه فى حكم العاجل ولابى حنيفة رحمه الله أن التأخير قد يكون لعذر والاعذار فى اقتضاء التأخير مختلفة فتعذر التوقيت فيه ففوض الى اجتهاد القاضى فيما يعد ابطاء ومالا يعد واذا لم تقبل شهادة الشهود بزنا متقادم هل يحدون حد القذف حكى الحسن بن زياد أنهم يحدون وتأخيرهم محمول على اختيار جهة الستر فخرج كلامهم عن كونه شهادة فبقى قذفا فيوجب الحد وقال الكرخى رحمه الله الظاهر أنه لا يجب عليهم الحد وهكذا ذكر القاضى فى شرحه أنه لا حد عليهم لان تأخيرهم وان أورث تهمة وشبهة فى الشهادة فاصل الشهادة باق فلما اعتبرت الشبهة فى اسقاط حد الزنا عن المشهود عليه فلان تعتبر حقيقة الشهادة لاسقاط حد القذف عن الشهود أولى (ومنها) قيام الرائحة وقت أداء الشهادة فى حد الشرب فى قولهما وعند محمد ليس بشرط والحجج ستأتى فى موضعها (ومنها) عدد الاربع فى الشهود فى حد الزنا لقوله عز اسمه واللاتى يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم وقوله سبحانه وتعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء وقوله تبارك وتعالى لولا جاؤا عليه بأربعة شهداء ولان الشهادة أحد نوعى الحجة فيعتبر بالنوع الآخر وهو الاقرار وهناك عدد الاربع شرط كذا ههنا بخلاف سائر الحدود فان عدد الاقرار الاربع لم يشترط فيها فكذا عدد الاربع من الشهود ولان اشتراط عدد الاربع فى الشهادة يثبت معدولا به عن القياس بالنص والنص ورد فى الزنا خاصة فان شهد على الزنا أقل من أربعة لم تقبل شهادتهم لنقصان العدد المشروط وهل يحدون حد القذف قال أصحابنا يحدون وقال الشافعى رحمه الله اذا جاؤا مجىء الشهود لم يحدوا وعلى هذا الخلاف اذا شهد ثلاثة وقال الرابع رأيتهما فى لحاف واحد ولم يزد عليه أنه يحد الثلاثة عندنا ولا حد على الرابع لانه لم يقذف الا اذا كان قال فى الابتداء أشهد أنه قد زنى ثم فسر الزنا بما ذكر فحينئذ يحد (وجه) قول الشافعى رحمه الله أنهم اذا جاؤا مجىء الشهود كان قصدهم اقامة الشهادة حسبة لله تعالى لا القذف فلم يكن جناية فلم يكن قذفا (ولنا) ماروى أن ثلاثة شهدوا على مغيرة بالزنا فقام الرابع وقال رأيت أقداما بادية ونفسا عاليا وأمرا منكرا ولا أعلم ماوراء ذلك فقال سيدنا عمر رضى الله عنه له الحمد لله الذى لم يفضح رجلا من أصحاب محمد صلى الله عليه وسلم وحد الثلاثة وكان ذلك بمحضر من الصحابة الكرام رضى الله عنهم ولم ينقل أنه أنكر عليه منكر فيكون اجماعا ولان الموجود من الشهود كلام قذف حقيقة اذ القذف هو النسبة الى الزنا وقد وجد من الشهود حقيقة فيدخلون تحت آية القذف الا أنا اعتبرنا تمام عدد الاربع اذا جاؤا مجىء الشهود فقد قصدوا اقامة الحسبة واجبا حقا لله

تعالى تخرج كلامهم عن كونه قذفاوصار شهادة شرعافعند النقصان بقي قذفاحقيقة فيوجب الحد ولوشهد ثلاثة على
الزناوشهدرابع على شهادة غيره تحد الثلاثة لان شهادتهم صارت قذفا لنقصان العدد ولاحد على الرابع لانه لم يقذف
بل حكى قذف غيره ولوعلم أن أحد الاربع عبد أومكاتب أوصبي أوأعمى أومحدود في قذف حدواجميعا لان الصبي
والعبد ليست لهما أهلية الشهادة أصلا وراسافانتقص العدد فصار كلامهم قذفا والاعمى والمحدود في القذف ليست
لهم أهلية الشهادة أوان كانت لهم أهلية الشهادة تحملا وسماعا فقصرت أهليتهما للشهادة فانتقص العدد فصار كلامهم
قذفاوسواء علم ذلك قبل القضاء أو بعد القضاء قبل الامضاء وان علم ذلك بعد الامضاء فان كان الحد جلدا فكذلك
يحدون ولا يضمنون أرش الضرب في قول أبي حنيفة وعندهما يجب في بيت المال على ماذكرنا في كتاب الرجوع
عن الشهادات وان كان رجما لا يحدون لانه تبين ان كلامهم وقع قذفا ومن قذف حيا ثم مات المقذوف سقط
الحد وتكون الدية في بيت المال لان الخطأ حصل من القاضي وخطأ القاضي على بيت المال لانه عامل لعامة المسلمين
وبيت المال مال المسلمين ولوشهد الزوج وثلاثة نفر حد الثلاثة ولا عن الزوج امرأته لان قذف الزوج يوجب
اللعان لا الحد فانتقص العدد في حق الباقين فصار كلامهم قذفا فيحدون حد القذف ولوعلم أن الشهود الاربعة عبيد
أوكفار أومحدودون في قذف أوعميان يحدون حد القذف وان علم أنهم فساق لا يحدون والفرق ماذكرنا أن العبد
والكافر لا شهادة لهما أصلا والاعمى والمحدود في القذف لهما شهادة سماعا وتحملا لا اداء فكان كلامهم قذفا والفاسق
له شهادة على أصل أصحابنا سماعا واذا كان كلام الفاسق شهادة لا قذفا فلا يحدون حد القذف والله تعالى أعلم ولو
ادعى المشهود عليه أن أحد الشهود الاربعة عبد فالقول قوله حتى يقيم البينة أنه حر لما روي عن سيدنا عمر رضي الله
عنه أنه قال الناس أحرار الا في أربع الشهادة والقصاص والعقل والحدود والمعنى فيه ماذكرنا في غير موضع (ومنها)
اتحاد المجلس وهو ان يكون الشهود مجتمعين في مجلس واحد عند أداء الشهادة فان جاؤا متفرقين يشهدون واحدا بعد
واحد لا تقبل شهادتهم ويحدون وان كثروا لماذكرنا أن كلامهم قذف حقيقة وانما يخرج عن كونه قذفا شرعا بشرط
أن يكونوا مجتمعين في مجلس واحد وقت أداء الشهادة فاذا انعدمت هذه الشريطة بقي قذفا فيوجب الحد حتى لوجاؤا
مجتمعين أومتفرقين وقعدوا في موضع الشهود في ناحية من المسجد ثم جاؤا واحدا بعد واحد وشهدوا جازت
شهادتهم لوجود اجتماعهم في مجلس واحد وقت الشهادة اذ المسجد كله مجلس واحد وان كانوا خارجين من المسجد
فجاء واحد منهم ودخل المسجد وشهد ثم جاء الثاني والثالث والرابع يضربون الحد وان كانوا مثل ربيعة ومضر هكذا
روي عن سيدنا عمر رضي الله عنه أنه قال لوجاء ربيعة ومضر فرادى لحددتهم عن آخرهم وانما قال ذلك بمحضر
من الصحابة رضي الله عنهم ولم ينقل أنه أنكر عليه أحد منهم فيكون اجماعا منهم والله تعالى أعلم (ومنها) أن يكون المشهود
عليه بالزنا ممن يتصور منه الوطء فان كان ممن لا يتصور منه كالمجبوب لا تقبل شهادتهم ويحدون حد القذف ولو
كان المشهود عليه خصيا أوعنينا قبلت شهادتهم ويحد لتصور الزنا منهما لقيام الآلة بخلاف المجبوب (ومنها) أن
يكون المشهود عليه بالزنا ممن يقدر على دعوى الشبهة فان كان ممن لا يقدر كالاخرس لا تقبل شهادتهم لان من الجائز
أنه لو كان قادرا لادعى شبهة ولو كان المشهود عليه بالزنا أعمى قبلت شهادتهم لان الاعمى قادر على دعوى الشبهة لو
كانت عنده شبهة ولوشهدوا بالزنا ثم قالوا تعمدنا النظر الى فرجها لا تبطل شهادتهم لان أداء الشهادة لابد له من
التحمل ولابد للتحمل من النظر الى عين الفرج ويباح لهم النظر اليها القصد اقامة الحسبة كما يباح للطبيب لقصد
المعالجة ولوقالوا نظرنا متكررا بطلت شهادتهم لانه سقطت عدالتهم والله تعالى أعلم (ومنها) اتحاد المشهود وهو أن يجمع
الشهود الاربعة على فعل واحد فان اختلفوا لا تقبل شهادتهم وعلى هذا يخرج ما اذا شهد اثنان أنه زنى في مكان
كذا وشهد آخران أنه زنى في مكان آخر والمكانان متباينان بحيث يمتنع أن يقع فيهما فعل واحد عادة كالبلدين
والدارين والبيتين لا تقبل شهادتهم ولا حد على المشهود عليه لانهم شهدوا بفعلين مختلفين لاختلاف المكانين وليس

على

على أحدهما شهادة الاربع ولا حد على الشهود أيضاً عند أصحابنا وعند زفر يحدون (وجه) قوله ان عدد الشهود قد انتقص لان كل فريق شهد بفعل غير الذي شهد به الفريق الآخر ونقصان عدد الشهود يوجب صيرورة الشهادة قذفا كما لو شهد ثلاثة بالزنا (ولنا) ان المشهود به لم يختلف عند الشهود لان عندهم ان هذا زنا واحد وانما وقع اختلافهم في المكان فثبت بشهادتهم شبهة اتحاد الفعل فيسقط الحد وعلى هذا اذا اختلفوا في الزمان فشهد اثنان انه زنى بها في يوم كذا واثنان في يوم آخر ولو شهد اثنان انه زنى في هذه الزاوية من البيت وشهد اثنان انه زنى في هذه الزاوية الاخرى منه يحد المشهود عليه لجواز ان ابتداء الفعل وقع في هذه الزاوية من البيت وانتهاؤه في زاوية أخرى منه لانتقالهما منه واضطرابهما فلم يختلف المشهود به فتقبل شهادتهم حتى لو كان البيت كبيراً لا تقبل لانه يكون بمنزلة البيتين ولو شهد أربعة بالزنا بامرأة فشهد اثنان أنه استكرهها واثنان انها طاوعته لاحد على المرأة بالاجماع لان الحد لا يجب الا بالزنا طوعا ولم تثبت الطواعية في حقها (وأما) الرجل فلا حد عليه أيضا عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يحد (وجه) قولهما ان زنا الرجل عن طوع ثبت بشهادة الاربع الا أنه تفرد اثنان منهم باثبات زيادة الاكراه منه وانه لا يمنع وجوب الحد كما لو زنا بها مستكرهة ولابي حنيفة عليه الرحمة ان المشهود قد اختلف لان فعل المكره غير فعل من ليس بمكره فقد شهدوا بفعلين مختلفين وليس على احدهما شهادة الاربع فلا يحد المشهود عليه ولا الشهود عند أصحابنا الثلاثة خلافا لزفر وقدمر الكلام فيه في اختلافهم في المكان والزمان والله تعالى أعلم ثم الشهود اذا استجمعوا شرائط صحة الشهادة وشهدوا عند القاضي سألهم القاضي عن الزنا ماهو وكيف هو ومتى زنا وأين زنا وبمن زنا اما السؤال عن ماهية الزنا فلانه يحتمل انهم أرادوا به غير الزنا المعروف لان اسم الزنا يقع على أنواع لا توجب الحد قال عليه الصلاة والسلام العينان تزنيان واليدان تزنيان والرجلان تزنيان والفرج يصدق ذلك كله أو يكذبه وأما السؤال عن الكيفية فلانه يحتمل انهم أرادوا به الجماع فيما دون الفرج لان ذلك يسمى جماعا حقيقة أو مجازا فانه لا يوجب الحد واما السؤال عن الزمان فلانه يحتمل انهم شهدوا بزنا متقادم والتقادم يمنع قبول الشهادة بالزنا واما السؤال عن المكان فلانه يحتمل انه زنا في دار الحرب أو في دار البغي وانه لا يوجب الحد واما السؤال عن المزنى بها فلانه يحتمل ان تكون الموطوءة ممن لا يجب الحد بوطئها كجارية الابن وغير ذلك فاذا سألهم القاضي عن هذه الجملة فوصفوا سأل المشهود عليه أهو محصن أم لا فان أنكر الاحصان وشهد على الاحصان رجلان أو رجل وامرأتان على الاختلاف سأل الشهود عن الاحصان ماهو لان له شرائط يجوز ان تخفى على الشهود فاذا وصفوا قضى بالرجم ولو شهدت بينة الاحصان انه جامعها أو باضعها صار محصنا لان هذا اللفظ في العرف مستعمل في الوطء في الفرج ولو شهدوا انه دخل بها صار محصنا وهذا وقوله جامعها سواء في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا يصير محصنا (وجه) قوله ان هذا اللفظ يستعمل في الوطء ويستعمل في الزفاف فلا يثبت الاحصان مع الاحتمال ولهما ان الدخول بالمرأة في عرف اللغة والشرع يراد به الوطء قال الله تعالى عز شأنه وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن حرم سبحانه وتعالى الربيبة بشرط الدخول بامها فعلم ان المراد من الدخول هو الوطء لانها تحرم بمجرد نكاح الام من غير وطء وذكر القاضي في شرحه الاختلاف على القلب فقال على قول أبي حنيفة رحمه الله لا يصير محصنا مالم يصرح بالوطء وعلى قول محمد رحمه الله يصير محصنا ولو شهدوا على الدخول وكان له منها ولد هو محصن بالاجماع وكفى بالولد شاهدا والله تعالى أعلم (وأما) شرائط الاقرار بالحد فمنها ما يعم الحدود كلها ومنها ما يخص البعض دون البعض اما الذي يعم الحدود كلها فمنها البلوغ فلا يصح اقرار الصبي في شئ من الحد ولان سبب وجوب الحد لابد وان يكون جناية وفعل الصبي لا يوصف بكونه جناية فكان اقراره كذبا محضاً ومنها النطق وهو ان يكون الاقرار بالخطاب والعبارة دون الكتاب والاشارة حتى ان الاخرس لو كتب الاقرار في كتاب أو أشار اليه اشارة معلومة لاحد عليه لان الشرع علق وجوب الحد بالبيان المتناهي ألا ترى انه لو أقر

بالوطء الحرام لا يقام عليه الحد ما لم يصرح بالزنا والبيان لا يتناهى الا بالصريح والكتابة والاشارة بمنزلة الكتابة فلا
يوجب الحد واما البصر فليس بشرط لصحة الاقرار فيصح اقرار الاعمى فى الحدود كلها كالبصير لان الاعمى لا يمنع
مباشرة سبب وجوبها وكذا الحرية والاسلام والذكورة ليست بشرط حتى يصح اقرار الرقيق والذمى والمرأة فى
جميع الحدود وعند زفر رحمه الله لا يصح اقرار العبد بشئ من أسباب الحدود من غير تصديق المولى والكلام فى
التصديق على نحو ما ذكرنا فى كتاب السرقة والله سبحانه وتعالى أعلم (واما) الذى يخص البعض دون البعض فمنها عدد
الاربع فى حد الزنا خاصة وهو ان يقر أربع مرات وهذا عندنا وعند الشافعى عليه الرحمة ليس بشرط و يكتفى
باقراره مرة واحدة (وجه) قوله ان الاقرار انما صار حجة فى الشرع لرجحان جانب الصدق فيه على جانب الكذب
وهذا المعنى عند التكرار والتوحد سواء لان الاقرار اخبار والخبر لا يزيد رجحانا بالتكرار ولهذا لم يشترط فى سائر
الحدود بخلاف عدد المثنى فى الشهادة لان ذلك يوجب زيادة ظن عليه فيها الا ان شرط العدد الاربع فى باب الزنا
تعبداً فيقتصر على موضع التعبد (ولنا) ان القياس ما قاله الا انا تركنا القياس بالنص وهو ما روى ان ماعزاً جاء الى
رسول الله صلى الله عليه وسلم فاقر بالزنا فاعرض عنه عليه الصلاة والسلام بوجهه الكريم هكذا الى الاربع فلو
كان الاقرار مرة مظهراً للحد لما أخره رسول الله صلى الله عليه وسلم الى الاربع لان الحد بعد ما ظهر وجوبه للامام
لا يحتمل التأخير (واما) العدد فى الاقرار بالقذف فليس بشرط بالاجماع وهل يشترط فى الاقرار بالسرقة والشرب
والسكر قال أبو حنيفة رحمه الله ليس بشرط وقال أبو يوسف رحمه الله ان كلما يسقط بالرجوع فعدد الاقرار فيه كعدد
الشهود وذكر الفقيه أبو الليث رحمه الله ان عند أبى يوسف يشترط الاقرار مرتين فى مكانين (وجه) قوله ان حد
السرقة والشرب والسكر خالص حق الله تعالى كحد الزنا فتلزم مراعاة الاحتياط فيه باشتراط العدد كما فى الزنا الا انه
يكتفى ههنا بالمرتين و يشترط الاربع هناك استدلالا بالبينة لان السرقة والشرب كل واحد منهما يثبت بنصف ما
يثبت به الزنا وهو شهادة شاهدين فكذلك الاقرار ولهما ان الاصل ان لا يشترط التكرار فى الاقرار لما ذكرنا
انه اخبار والمخبر لا يزداد بتكرار الخبر وانما عرفنا عدد الاربع فى باب الزنا بنص غير معقول المعنى فيقتصر على مورد
النص ومنها عدد المجالس فيه وهو ان يقر أربع مجالس واختلف المشايخ فى انه يعتبر مجالس القاضى أو مجالس المقر
والصحيح انه يعتبر مجالس المقر وهكذا روى عن أبى حنيفة انه يعتبر مجالس المقر لانه عليه الصلاة والسلام اعتبر
اختلاف مجالس ماعز حيث كان يخرج من المسجد فى كل مرة ثم يعود ومجلسه عليه الصلاة والسلام لم يختلف وقد
روى عن أبى حنيفة فى تفسير اختلاف مجالس المقر هو ان يقر مرة ثم يذهب حتى يتوارى عن بصر القاضى ثم يجىء
فيقر ثم يذهب هكذا أربع مرات ومنها ان يكون اقراره بين يدى الامام فان كان عند غيره لم يجز اقراره لان اقرار
ماعز كان عند رسول الله صلى الله عليه وسلم ولو أقر فى غير مجلس القاضى وشهد الشهود على اقراره لا تقبل شهادتهم
لانه ان كان مقراً فالشهادة لغو لان الحكم للاقرار لا للشهادة وان كان منكراً فالانكار منه رجوع والرجوع عن
الاقرار فى الحدود الخالصة حقاً لله عز وجل صحيح والله سبحانه وتعالى أعلم ومنها الصحة فى الاقرار بالزنا والسرقة
والشرب والسكر حتى لو كان سكران لا يصح اقراره اما على أصل أبى حنيفة رحمه الله فلان السكران من صار بالشرب
الى حال لا يعقل قليلا ولا كثيرا فكان عقله زائلا مستورا حقيقة واما على أصلهما فلانه اذا غلب الهذيان على كلامه
فقد ذهبت منفعة العقل ولهذا لم تصح ردته فيورث ذلك شبهة فى وجوب الحد وليس بشرط فى الاقرار بالحدود
والقصاص لان القصاص خالص حق العبد وللعبد حق فى حد القذف فيصح مع السكر كالاقرار بالمال وسائر
التصرفات واذا صحا فان دام على اقراره تقام عليه الحدود كلها وان أنكر فالانكار منه رجوع فيصح فى الحدود الخالصة
وهو حد الزنا والشرب والسرقة فى حق القطع ولا يصح فى القذف والقتل العمد والله تعالى أعلم ومنها ان يكون
الاقرار بالزنا ممن يتصور وجود الزنا منه فان كان لا يتصور كالمجبوب لم يصح اقراره لان الزنا لا يتصور منه لانعدام

الآلة ويصح اقرار الخصي والعنين لتصور الزنا منهما لتحقق الآلة والذي يجن ويفيق اذا أقر في حال افاقته فهو مثل الصحيح لانه في حال افاقته صحيح ومنها ان يكون المزني به في الاقرار بالزنا ممن يقدر على دعوى الشبهة فان لم يكن بان اقر رجل انه زنى بامرأة خرساء أو أقرت امرأة انها زنت باخرس لم يصح اقراره لان من الجائز انه لو كان يقدر على النطق لادعى النكاح أو أنكر الزنا ولم يدع شيأ فيندرئ عنه الحد لما نذكر في موضعه ان شاء الله تعالى واما حضرة المزني بها في الاقرار بالزنا والشهادة عليه فليست بشرط حتى لو أقر انه زنى بامرأة غائبة أو شهد عليه الشهود بالزنا بامرأة غائبة صح الاقرار وقبلت الشهادة ويقام الحد على الرجل لان الغائب بالغيبة ليس الا الدعوى وانها ليست بشرط ولهذا رجم ماعز من غير شرط حضور تلك المرأة وكذلك العلم بالمزني بها ثم اذا صح اقراره بالزنا بامرأة غائبة يعرفها فحضرت المرأة فلا يخلو اما ان حضرت قبل اقامة الحد على الرجل واما ان حضرت بعد الاقامة فان حضرت بعد الاقامة فان أقرت بمثل ما أقر به الرجل تحد أيضا كما حد الرجل وان أنكرت وادعت على الرجل حد القذف لا يحد الرجل حد القذف لانه لا يجب عليه حدان وقد أقيم أحدهما فلا يقام الآخر وان حضرت قبل اقامة الحد على الرجل فان أنكرت الزنا وادعت النكاح أو لم تدع وادعت حد القذف على الرجل أو لم تدع فحكمه نذكره في موضعه ان شاء الله تعالى والعلم بالمزني بها ليس بشرط لصحة الاقرار حتى لو قال زنيت بامرأة ولا أعرفها صح اقراره ويحد والعلم بالمشهود به شرط صحة الشهادة حتى لو شهد الشهود على رجل انه زنى بامرأة وقالوا لا نعرفها لا تقبل شهادتهم ولا يقام الحد على المشهود عليه والفرق ان المقر في الاقرار على نفسه يبني الامر على حقيقة الحال خصوصاً في الزنا فكان اقراره اخباراً عن وجود الزنا منه حقيقة الا انه لم يعرف اسم المرأة ونسبها وذا لا يورث شبهة فاما الشاهد فانه بشهادته بنى الامر على الظاهر لا على الحقيقة لقصور علمه عن الوصول الى الحقيقة فقولهم لا نعرف تلك المرأة يورث شبهة لجواز انها امرأته أو امرأة له فيها شبهة حل أو ملك فهو الفرق والله تعالى أعلم واما عدم التقادم فهل هو شرط لصحة الاقرار بالحد اما في حد القذف فليس بشرط لانه ليس بشرط لقبول الشهادة فاولى ان لا يكون شرطاً لصحة الاقرار وكذلك في حد الزنا عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر رحمه الله كما في الشهادة (ولنا) الفرق بين الاقرار والشهادة وهو ان المانع في الشهادة تمكن التهمة والضغينة وهذا لا يوجد في الاقرار لان الانسان غير متهم في الاقرار على نفسه وكذا في حد السرقة لما قلنا واما في حد الشرب فشرط عندهما وعند محمد رحمه ليس بشرط بناء على ان قيام الرائحة شرط صحة الاقرار والشهادة عندهما ولهذا لا يبقى مع التقادم وعنده ليس بشرط ولو لم يتقادم العهد ولكن ريحها لا يوجد منه لم يصح الاقرار عندهما خلافا له (وجه) قول محمد رحمه الله ان حد الشرب ليس بمنصوص عليه في الكتاب والسنة وانما عرف باجماع الصحابة واجماعهم لا ينعقد بدون عبد الله بن مسعود رضي الله عنه ولم يثبت فتواه عند زوال الرائحة فانه روى ان رجلا جاء بابن أخ له الى عبد الله بن مسعود رضي الله عنه فاعترف عنده بشرب الخمر فقال له عبد الله بئس ولي اليتيم أنت لا أدبته صغيراً ولا سترت عليه كبيرا ثم قال رضي الله عنه تلتلوه ومزمزوه واستنكهوه فان وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه وأفتى رضي الله عنه بالحد عند وجود الرائحة ولم يثبت فتواه عند عدمها واذا لم يثبت فلا ينعقد الاجماع بدونه فلا يجب بدونه لان وجوبه بالاجماع ولا اجماع ثم انما تعتبر الرائحة اذا لم يكن سكران فاما اذا كان سكران فلا لان السكر أدل على الشرب من الرائحة ولذلك لو جيء به من مكان بعيد لا تبقى الرائحة بالمجيء من مثله عادة يحد وان لم توجد الرائحة للحال لان هذا موضع العذر فلا يعتبر قيام الرائحة فيه والله تعالى أعلم واذا أقر انسان بالزنا عند القاضي ينبغي ان يظهر الكراهة أو يطرده وكذا في المرة الثانية والثالثة هكذا فعل عليه الصلاة والسلام بماعز وكذا روي عن سيدنا عمر رضي الله عنه انه قال اطردوا المعترفين أي بالزنا فاذا أقر أربعاً نظر في حاله أهو صحيح العقل أم به آفة هكذا قال عليه الصلاة والسلام لماعز أبك خبل أم بك جنون وبعث الى قومه فسألهم عن حاله فاذا عرف انه صحيح العقل سأله عن ماهية الزنا وعن كيفيته وعن مكانه وعن المزني بها لما ذكرنا في الشهادة

ولا يسأله عن الزمان لان السؤال عن الزمان لمكان احتمال التقادم والتقادم فى الاقرار وانما يقدح فى الشهادة و يجوز
ان يسأل عن الزمان أيضاً لاحتمال أنه زنى فى حال الصغر فاذا بين ذلك كله سأله عن حاله أهو محصن أم لا لان حكم
الزنا يختلف بالاحصان وعدمه فان قال أنا محصن سأله عن ماهية الاحصان انه ماهو لانه عبارة عن اجتماع شرائط
لا يقدر عليها كل أحد فاذا بين رجمه وأما علم القاضى فلا يظهر به حد الزنا والشرب والسكر والسرقة حتى لا يقضى
بشئ من ذلك بعلمه لكنه يقضى بالمال فى السرقة لان القاضى يقضى بعلمه فى الاموال سواء علم بذلك قبل زمان
القضاء ومكانه أو بعدهما بلا خلاف بين أصحابنا وسواء علم بذلك معاينة بان رأى انسانا يزنى و يشرب و يسرق أو
بسماع الاقرار به فى غير مجلسه الذى يقضى فيه بين الناس فان كان اقراره فى مجلس القضاء لزمه موجب اقراره اذ لو لم
يقبل اقراره لاحتاج القاضى الى ان يكون معه جماعة على الاقرار فى كل حادثة واجماع الامة بخلافه والله تعالى أعلم
و يظهر به حد القذف فى زمان القضاء ومكانه كالقصاص وسائر الحقوق والاموال بلا خلاف بين أصحابنا وانما
اختلفوا فى ظهور ذلك بعلمه فى غير زمان القضاء ومكانه وقد ذكرنا جملة ذلك بدلائله فى كتاب آداب القاضى ولا
يظهر حد السرقة بالنكول لكنه يقضى بالمال لان النكول اما بدل واما اقرار فيه شبهة العدم والحد لا يحتمل البدل ولا
يثبت بالشبهة والمال يحتمل البدل والثبوت بالشبهة وأما الخصومة فهل هى شرط ثبوت الحد بالشهادة والاقرار فلا
خلاف فى انها ليست بشرط فى حد الزنا والشرب لانه خالص حق الله عز وجل والخصومة ليست بشرط فى الحدود
الخالصة لله تعالى لانها تقام حسبة لله تعالى فلا يتوقف ظهورها على دعوى العبد ولا خلاف فى حد السرقة ان
الخصومة فيها شرط الظهور بالشهادة لان حد السرقة وان كان حق الله تعالى خالصاً لكن هذا الحق لا يثبت الا
بعد كون المسروق ملكا للمسروق منه ولا يظهر ذلك الا بالخصومة وفى كونها شرط الظهور بالاقرار خلاف ذكرناه
فى كتاب السرقة ولا خلاف أيضاً فى انها شرط الظهور بالشهادة على القذف والاقرار به اما على أصل الشافعى
رحمه الله فلانه خالص حق العبد فيشترط فيه الدعوى كما فى سائر حقوق العباد وعندنا حق الله تعالى عز شأنه وان كان
هو المغلب فيه لكن للعبد فيه حق لانه ينتفع به بصيانة عرضه عن الهتك فيشترط فيه الدعوى عن هذه الجهة واذا
عرف ان الخصومة فى حد القذف شرط كون البينة والاقرار مظهرين فيه فيقع الكلام فى موضعين أحدهما فى بيان
الاحكام التى تتعلق بالدعوى والخصومة والثانى فى بيان من يملك الخصومة ومن لا يملكها اما الاول فنقول ولا
قوة الا بالله تعالى الافضل للمقذوف ان يترك الخصومة لان فيها اشاعة الفاحشة وهو مندوب الى تركها وكذا العفو
عن الخصومة والمطالبة التى هى حقهما من باب الفضل والكرامة وقد قال الله تعالى وان تعفوا أقرب للتقوى وقال
سبحانه وتعالى ولا تنسوا الفضل بينكم واذا رفع الى القاضى يستحسن للقاضى ان يقول قبل الاتيان بالبينة أعرض
عن هذا لانه ندب الى الستر والعفو وكل ذلك حسن فاذا لم يترك الخصومة وادعى القذف على القاذف فانكر ولا بينة
للمدعى فاراد استحلافه بالله تعالى ماقذفه فهل يحلف ذكر الكرخى عليه الرحمة انه لا يحلف عند أصحابنا خلافا
للشافعى رحمه الله وذكر فى أدب القاضى انه يحلف فى ظاهر الرواية عندهم واذا نكل يقضى عليه بالحد وقال بعضهم
يحتمل ان يحلف فاذا نكل يقضى عليه بالتعزير لا بالحد وهذه الاقاويل ترجع الى أصل وهو ان عند الشافعى رحمه
الله حد القذف خالص حق العبد فيجرى فيه الاستحلاف كما فى سائر حقوق العباد واما على أصل أصحابنا ففيه حق
الله تعالى عز وجل وحق العبد فمن قال منهم انه يحلف و يقضى بالحد عند النكول اعتبر مافيه من حق العبد فالحقه فى
التحليف بالتعزير ومن قال منهم انه لا يحلف أصلا اعتبر حق الله سبحانه وتعالى فيه لانه المغلب فالحقه بسائر حقوق
الله سبحانه وتعالى الخالصة والجامع ان المقصود من الاستحلاف هو النكول وانه على أصل أبى حنيفة عليه الرحمة
بدل والحد لا يحتمل البدل وعلى أصلهما اقرار فيه شبهة العدم لانه ليس بصريح اقرار بل هو اقرار بطريق السكوت
فكان فيه شبهة العدم والحد لا يثبت بدليل فيه شبهة العدم ومن قال منهم انه يحلف و يقضى عليه بالتعزير عند النكول

دون الحد اعتبر حق العبد فيه للاستحلاف كالتعزير واعتبر حق الله سبحانه وتعالى للمنع من اقامة الحد عند النكول كسائر الحدود ومثل هذا جائز كحد السرقة انه يجرى فيه الاستحلاف ولا يقضى عند النكول بالحد ولكن يقضى بالمال وكما قال أبو يوسف ومحمد عليهما الرحمه فى القصاص فى الطرف والنفس انه يحلف وعند النكول لا يقضى بالقصاص بل بالدية على ماعرف وان قال المدعى لى بينة حاضرة فى المصر على قذفه يحبس المدعى عليه القذف الى قيام الحاكم من مجلسه والمراد من الحبس الملازمة أى يقال للمدعى لازمه الى هذا الوقت فان أحضر البينة فيه والا خلى سبيله ولا يؤخذ منه كفيل بنفسه هذا قول أبى حنيفة رحمه الله وعندهما يؤخذ منه الكفيل وهذا بناء على أن الكفالة فى الحدود غير جائزة عند أبى حنيفة رحمه الله حيث قال فى الكتاب ولا كفالة فى حد ولا قصاص وعندهما يكفل ثلاثة أيام وذكر الجصاص فى تفسير قول أبى حنيفة رضى الله عنه ان معناه لا يؤخذ الكفيل فى الحدود والقصاص جبرا فاما اذا بذل من نفسه وأعطى الكفيل فهو جائز بالاجماع وظاهر اطلاق الكتاب يدل على عدم الجواز عنده لان كلمة النفى اذا دخلت على الافعال الشرعية يراد بها نفى الجواز من الاصل كما فى قوله عليه الصلاة والسلام لا صلاة الا بطهور ولا نكاح الا بشهود ونحو ذلك (وجه) قولهما ان الحبس جائز فى الحدود فالكفالة أولى لان معنى الوثيقة فى الحبس أبلغ منه فى الكفالة فلما جاز الحبس فالكفالة أحق بالجواز ولابى حنيفة رحمه الله ان الكفالة شرعت للاستيثاق والحدود مبناها على الدرء والاسقاط قال عليه الصلاة والسلام ادرؤا الحدود ما استطعتم فلا يناسبها الاستيثاق بالكفالة بخلاف الحبس فان الحبس للتهمة مشروع روى انه عليه الصلاة والسلام حبس رجلا بالتهمة وقد ثبتت التهمة فى هذه المسئلة بقوله لى بينة حاضرة فى المصر فجاز الحبس فاذا أقام المدعى شاهدين لا يعرفهما القاضى أى لم تظهر عدالتهما بعد الحبس فلا خلاف ولا يؤخذ منه كفيل وان أقام شاهدا واحدا عدلا حبس عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما لا يحبس ويؤخذ منه كفيل (وجه) قولهما ان الحق لا يظهر بقول الواحد وان كان عدلا فالحبس من أين بخلاف الشاهدين فان سبب ظهور الحق قد وجد وهو كمال عدد الحجة الا ان توقف الظهور لتوقف ظهور العدالة فثبتت الشبهة فيحبس (وجه) قول أبى حنيفة رحمه الله ان قول الشاهد الواحد وان كان لا يوجب الحق فانه يوجب التهمة وحبس المتهم جائز ولو قال المدعى لا بينة لى أو بينتى غائبة أو خارج المصر لا يحبس بالاجماع لعدم التهمة فان قامت البينة للمقذوف على القذف أو أقر القاذف به فان القاضى يقول له أقم البينة على صحة قذفك فان أقام أربعة من الشهود على معاينة الزنا من المقذوف أو على اقراره بالزنا سقط الحد عن القاذف ويقام حد الزنا على المقذوف وان عجز عن اقامة البينة يقيم حد القذف على القاذف لقوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة وان طلب التأجيل من القاضى وقال شهودى غيب أو خارج المصر لم يؤجله ولو قال شهودى فى المصر أجله الى آخر المجلس ولازمه المقذوف ويقال له ابعث أحدا الى شهودك فأحضرهم ولا يؤخذ منه كفيل بنفسه فى قول أبى حنيفة رضى الله عنه وعندهما يؤجل يومين أو ثلاثة ويؤخذ منه الكفيل (وجه) قولهما انه يحتمل ان يكون صادقا فى اخباره ان له بينة فى المصر وربما لا يمكنه الاحضار فى ذلك الوقت فيحتاج الى التأخير الى المجلس الثانى وأخذ الكفيل لئلا يفوت حقه عسى ولابى حنيفة رحمه الله ان فى التأجيل الى آخر المجلس الثانى منعا من استيفاء الحد بعد ظهوره وهذا لا يجوز بخلاف التأخير الى آخر المجلس لان ذلك القدر لا يعد تأجيلا ولا منعا من استيفاء الحد بعد ظهوره وروى عن محمد رحمه الله انه اذا ادعى ان له بينة حاضرة فى المصر ولم يجد أحدا يبعثه الى الشهود فان القاضى يبعث معه من الشرط من يحفظه ولا يتركه حتى يتفرقان فان لم يجد ضرب الحد ولو ضرب بعض الحد ثم أقام القاذف البينة على صدق مقالته قبلت بينته وسقطت بقية الجلدات ولا تبطل شهادته ويقام حد الزنا على المقذوف كما لو أقامها قبل ان يضرب الحد أصلا ولو ضرب الحد بتمامه ثم أقام البينة على زنا المقذوف قبلت بينته ويظهر أثر القبول فى جواز شهادة القاذف وان لا يصير مردود الشهادة لانه تبين انه لم يكن

محدوداً فى القذف حقيقة حيث تبين ان المقذوف لم يكن محصناً لان من شرائط الاحصان العفة عن الزنا وقد ظهر زناه بشهادة الشهود فلم يصر القاذف مردود الشهادة ولا يظهر أثر قبول هذه الشهادة فى اقامة حد الزنا على المقذوف لان معنى القذف قد تقرر باقامة الحد على القاذف ولو قذف رجلا فقال يا ابن الزانية ثم ادعى القاذف ان ام المقذوف امة أو نصرانية والمقذوف يقول هى حرة مسلمة فالقول قول القاذف وعلى المقذوف اقامة البينة على الحرية والاسلام وكذلك لو قذف انسانا فى نفسه ثم ادعى القاذف ان المقذوف عبد فالقول قول القاذف وكذلك لو قال القاذف أنا عبد وعلى حد العبد وقال المقذوف أنت حر فالقول قول القاذف لان الظاهر وان كان هو الحرية والاسلام لان دار الاسلام دار الاحرار لكن الظاهر لا يصلح للالزام على الغير فلا بد من الاتيان بالبينة وروى عن أبى يوسف فيمن قذف أم رجل فان كان القاضى يعرف أمه حرة مسلمة جلد القاذف لان الحرية والاسلام يثبتان بالبينة فعلم القاضى أولى لانه فوق البينة لان الحرية والاسلام من شرائط الاحصان والاحصان شرط الوجوب والقاضى يقضى بعلمه بسبب وجوب هذا الحد فلان يقضى بعلمه بشرط الوجوب أولى فان لم يعلم القاضى حبسه فى السجن حتى يأتى بالبينة لانه ظهر منه القذف وانه يوجب العقوبة سواء كان المقذوف أمه حرة أو أمة فجاز ان يستوثق منه بالحبس وان لم تقم بينته أخذ منه كفيلا أو أخرجه وأخذ الكفيل على مذهبه فاما على مذهب أبى حنيفة رضى الله عنه فلا يؤخذ الكفيل على ما بينا ولا يعزره لان التعزير من القاضى حكم بابطال احصان المقذوف لان قذف المحصن يوجب الحد لا التعزير ولا يجوز الحكم بابطال الاحصان ولو شهد شاهدان على القذف واختلفا فى مكان القذف أو زمانه بان شهد أحدهما انه قذف فى مكان كذا وشهد الآخر انه قذف فى مكان آخر أو شهد أحدهما انه قذف يوم الخميس وشهد الآخر انه قذف يوم الجمعة قبلت شهادتهما ووجب الحد عند أبى حنيفة رضى الله عنه وعندهما لا تقبل (وجه) قولهما انهما شهدا بقذفين مختلفين لان القذف فى هذا المكان والزمان يخالف القذف فى مكان آخر و زمان آخر فقد شهد كل واحد منهما بقذف غير القذف الذى شهد به الآخر وليس على أحدهما شهادة شاهدين فلا يثبت ولابى حنيفة رحمه الله ان اختلاف مكان القذف وزمانه لا يوجب اختلاف القذف لجواز انه كرر القذف الواحد فى مكانين وزمانين لان القذف من باب الكلام والكلام مما يحتمل التكرار والاعادة والمعاد عين الاول حكما وان كان غيره حقيقة فكان القذف واحداً فقد اجتمع عليه شهادة شاهدين وان اتفقا فى المكان والزمان واختلفا فى الانشاء والاقرار بأن شهد أحدهما انه قذفه فى هذا المكان يوم الجمعة وشهد الآخر انه قذفه فى هذا المكان يوم الجمعة لا تقبل ولا حد عليه فى قولهم جميعاً استحسانا والقياس أن تقبل ويحد (وجه) القياس ان اختلاف كلامهما فى الانشاء والاقرار لا يوجب اختلاف القذف كما اذا شهد أحدهما بانشاء البيع والآخر بالاقرار به انه تقبل شهادتهما كذا هذا (وجه) الاستحسان أن الانشاء مع الاقرار أمران مختلفان حقيقة لان الانشاء اثبات أمر لم يكن والاقرار اخبار عن أمر كان فكانا مختلفين حقيقة فكان المشهود به مختلفا وليس على أحدهما شاهدين فلا تقبل ونظيره من قال لامرأته زنيت قبل ان أتزوجك فعليه اللعان لا الحد ولو قال لها قذفتك بالزنا قبل ان أتزوجك فعليه الحد لا اللعان لان قوله زنيت انشاء القذف فكان قاذفا لها للحال وهى للحال زوجته وقذف الزوج يوجب اللعان لا الحد وقوله قذفتك بالزنا اقرار منه بقذف كان منه قبل التزوج وهى كانت أجنبية قبل التزوج وقذف الاجنبية يوجب الحد لا اللعان والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان من يملك الخصومة ومن لا يملكها فنقول ولا قوة الا بالله تعالى المقذوف لا يخلو اما ان يكون حيا وقت القذف واما ان يكون ميتاً فان كان حيا فلا خصومة لاحد سواه وان كان ولده أو والده وسواء كان حاضراً أو غائباً لانه اذا كان حيا وقت القذف كان هو المقذوف صورة ومعنى بالحاق العار به فكان حق الخصومة له وهل تجوز الانابة فى هذه الخصومة وهو التوكيل بالاثبات بالبينة اختلف اصحابنا فيه عندهما يجوز وقال أبو يوسف

لايجوز والمسئلة مرت فى كتاب الوكالة ولا يجوز التوكيل فيه بالاستيفاء عندنا خلافا للشافعى رحمه الله والمراد بذلك ان حضرة المقذوف بنفسه شرط جواز الاستيفاء عندنا وعنده ليس بشرط وتقوم حضرة الوكيل مقام حضرته على أن هذا الحد عنده حد المقذوف على الخلوص فتجرى فيه النيابة فى الاثبات والاستيفاء جميعا (ولنا) ان الاستيفاء عند غيبة الموكل بنفسه استيفاء مع الشبهة لجواز انه لوكان حاضر الصدق القاذف فى قذفه والحدود لاتستوفى مع الشبهات ولوكان المقذوف حيا وقت القذف ثم مات قبل الخصومة أو بعدها سقط الحد عندنا خلافا للشافعى بناء على ان حد القذف لايورث عندنا وعنده يورث وستأتى المسئلة فى موضعها هذا اذا كان حيا وقت القذف (وأما) اذا كان ميتا فلا خلاف فى أن لولده ذكرا كان أو أنثى ولابن ابنه وبنت ابنه وان سفلوا ولوالده وان علا ان يخاصم القاذف فى القذف لان معنى القذف هو الحاق العار بالمقذوف والميت ليس بمحل لالحاق العار به فلم يكن معنى القذف راجعا اليه بل الى فروعه وأصوله لانه يلحقهم العار بقذف الميت لوجود الجزئية والبعضية وقذف الانسان يكون قذفا لاجزائه فكان القذف بهم من حيث المعنى فيثبت لهم حق الخصومة لدفع العار عن أنفسهم بخلاف ما اذا كان المقذوف حيا وقت القذف ثم مات انه ليس للولد والوالد حق الخصومة بل يسقط لان القذف أضيف اليه وهو كان محلا قابلا للقذف صورة ومعنى بالحاق العار به فانعقد القذف موجبا حق الخصومة له خاصة فلو انتقل الى ورثته لانتقل اليهم بطريق الارث وهذا الحد لا يحتمل الارث لما نذكر فسقط ضرورة ولا خلاف فى أن الاخوة والاخوات والاعمام والعمات والاخوال والخالات لا يملكون الخصومة لان العار لا يلحقهم لانعدام الجزئية والبعضية فالقذف لا يتناولهم لا صورة ولا معنى وكذا ليس لمولى العتاقة ولاية الخصومة لان القذف لم يتناوله صورة ومعنى بالحاق العار به واختلف أصحابنا رضى الله عنهم فى أولاد البنات انهم هل يملكون الخصومة عندهما يملكون وعند محمد لا يملكون (وجه) قوله ان ولد البنت ينسب الى أبيه لا الى جده فلم يكن مقذوفا معنى بقذف جده (ولهما) أن معنى الولاد موجود والنسبة الحقيقية ثابتة بواسطة أمه فصار مقذوفا معنى فيملك الخصومة وهل يراعى فيه الترتيب بتقديم الاقرب على الابعد قال أصحابنا رضى الله عنهم الثلاثة لا يراعى والاقرب والابعد سواء فيه حتى كان لابن الابن ان يخاصم فيه مع قيام الابن الصلبى وعند زفر رحمه الله يراعى فيه الترتيب وتثبت للاقرب فالاقرب وليس للابعد حق الخصومة والمطالبة بالقذف لالحاق العار بالمخاصم ولا شك ان عار الاقرب يزيد على الابعد فكان أولى بالخصومة (ولنا) ان هذا الحق ليس يثبت بطريق الارث على معنى انه يثبت الحق للميت ثم ينتقل الى الورثة بل يثبت لهم ابتداء لا بطريق الانتقال من الميت اليهم لما ذكرنا ان الميت بالموت خرج عن احتمال لحوق العار به فلم يكن ثبوت الحق لهم بطريق الارث فلا يراعى فيه الاقرب والابعد وكذا لا يراعى فيه احصان المخاصم بل الشرط احصان المقذوف عند أصحابنا الثلاثة حتى لو كان الولد أو الوالد عبدا أو ذميا فله حق الخصومة وقال زفر رحمه الله احصان المخاصم شرط وليس للعبد ولا الكافر أن يخاصم (وجه) قوله أن اثبات حق الخصومة له لصيرورته مقذوفا معنى باضافة القذف الى الميت ولو أضيف اليه القذف ابتداء لا يجب الحد فههنا أولى (ولنا) ان الحد لا يجب لعين القذف بل للحوق عار كامل بالمقذوف وان كان الميت محصنا فقد لحق الولد عار كامل فلا يشترط احصانه لان اشتراطه للحوق عار كامل به وقد لحقه بدونه ولو كان الوارث قتله حتى حرم الميراث فله ان يخاصم لما ذكرنا ان هذا الحق لا يثبت بطريق الارث ولو قذف رجل أم ابنه وهى ميتة فليس للولدان يخاصم أباه لان الاب لو قذف ولده وهو حى محصن ليس للولد ان يخاصم أباه تعظيما له ففى قذف الام الميتة أولى وكذلك المولى اذا قذف أم عبده وهى حرة ميتة فليس للعبد أن يخاصم مولاه فى القذف لانه عبد مملوك لا يقدر على شىء والله تعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما صفات الحدود فنقول وبالله التوفيق لا خلاف فى حد الزنا والشرب والسكر والسرقة انه لا يحتمل العفو والصلح والابراء بعد ما ثبت بالحجة لانه حق الله تعالى خالصا لا حق للعبد فيه فلا يملك اسقاطه وكذا يجرى

فيه التداخل حتى لو زنا مرارا أوشرب الخمر مرارا أوسكر مرارا لا يجب عليه الاحد واحد لان المقصود من اقامة الحد هو الزجر وأنه يحصل بحد واحد فكان فى الثانى والثالث احتمال عدم حصول المقصود فكان فيه احتمال عدم الفائدة ولا يجوز اقامة الحد مع احتمال عدم الفائدة ولو زنا أوشرب أوسكر أوسرق فحد ثم زنا أوشرب أوسرق يحد ثانيا لانه تبين أن المقصود لم يحصل وكذا اذا سرق سرقات من أناس مختلفة فخاصموا جميعا فقطع لهم كان القطع عن السرقات كلها والكلام فى الضمان نذكره فى كتاب السرقة ان شاء الله تعالى (وأما) حد القذف اذا ثبت بالحجة فكذلك عندنا لا يجوز العفو عنه والابراء والصلح وكذلك اذا عفا المقذوف قبل المرافعة أوصالح على مال فذلك باطل ويرد بدل الصلح وله أن يطالبه بعد ذلك وعند الشافعى رحمه الله يصح ذلك كله وهو احدى الروايتين عن أبى يوسف رحمه الله وكذا يجرى فيه التداخل عندنا حتى لو قذف انسانا بالزنا بكلمة أوقذف كل واحد بكلام على حدة لا يجب عليه الاحد واحد سواء حضروا جميعا أوحضر واحد وقال الشافعى رحمه الله اذا قذف كل واحد بكلام على حدة فعليه لكل واحد حد على حدة ولو ضرب القاذف تسعة وسبعين سوطا ثم قذف آخر ضرب السوط الآخير فقط عندنا وعنده يضرب السوط الاخير للاول وثمانين سوطا أخر للثانى ولو قذف رجلا فحد ثم قذف آخر يحد للثانى بلا خلاف وكذا هذا الحد لا يورث عند أصحابنا رضى الله عنهم وعندهم يورث ويقسم بين الورثة على فرائض الله عز شأنه فى قول وفى قول يقسم بين الورثة الا الزوج والزوجة والكلام فى هذا الفرع بناء على أصل مختلف بيننا وبينه وهو أن حد القذف خالص حق الله سبحانه وتعالى أوالمغلب فيه حقه وحق العبد مغلوب عندنا وعنده هو حق العبد أوالمغلب حق العبد (وجه) قوله أن سبب وجوب هذا الحد هو القذف والقذف جناية على عرض المقذوف بالتعرض وعرضه حقه بدليل ان بدل نفسه حقه وهو القصاص فى العمد أو الدية فى الخطا فكان البدل حقه والجزاء الواجب على حق الانسان حقه كالقصاص والدليل عليه أنه يشترط فيه الدعوى والدعوى لا تشترط فى حقوق الله تبارك وتعالى كسائر الحقوق الا أنه لم يفوض استيفاؤه الى المقذوف لاجل التهمة لان ضرب القذف أخف الضربات فى الشرع فلو فوض اليه اقامة هذا الحد فربما يقيمه على وجه الشدة لما لحقه من الغيظ بسبب القذف ففوض استيفاؤه الى الامام دفعا للتهمة لا لانه حق الله تعالى عز شأنه (ولنا) أن سائر الحدود انما كانت حقوق الله تبارك وتعالى على الخلوص لانها وجبت لمصالح العامة وهى دفع فساد يرجع اليهم ويقع حصول الصيانة لهم فحد الزنا وجب لصيانة الابضاع عن التعرض وحد السرقة وقطع الطريق وجب لصيانة الاموال والانفس عن القاصدين وحد الشرب وجب لصيانة الانفس والاموال والابضاع فى الحقيقة بواسطة صيانة العقول عن الزوال والاستتار بالسكر وكل جناية يرجع فسادها الى العامة ومنفعة جزائها يعود الى العامة كان الجزاء الواجب بها حق الله عز شأنه على الخلوص تأكيدا للنفع والدفع كيلا يسقط باسقاط العبد وهو معنى نسبة هذه الحقوق الى الله تبارك وتعالى وهذا المعنى موجود فى حد القذف لان مصلحة الصيانة ودفع الفساد يحصل للعامة باقامة هذا الحد فكان حق الله عز شأنه على الخلوص كسائر الحدود الا أن الشرع شرط فيه الدعوى من المقذوف وهذا لا ينفى كونه حقا لله تعالى عز شأنه على الخلوص كحد السرقة أنه خالص حق الله عز شأنه وان كانت الدعوى من المسروق منه شرطا ثم نقول انما شرط فيه الدعوى وان كان خالص حق الله تعالى عز اسمه لان المقذوف يطالب القاذف ظاهرا أوغالبا دفعا للعار عن نفسه فيحصل ما هو المقصود من شرع الحد كما فى السرقة ولان حقوق العباد تجب بطريق المماثلة اما صورة ومعنى واما معنى لا صورة لانها تجب بمقابلة المحل جبرا والجبر لا يحصل الا بالمثل ولا مماثلة بين الحد والقذف لا صورة ولا معنى فلا يكون حقه وأما حقوق الله سبحانه وتعالى فلا يعتبر فيها المماثلة لانها تجب جزاء للفعل كسائر الحدود (ولنا) أيضا دلالة الاجماع من وجهين أحدهما أن ولاية الاستيفاء للامام بالاجماع ولو كان حق المقذوف لكان ولاية الاستيفاء له كما فى القصاص (والثانى) أنه يتنصف برق القاذف

وحق

وحق الله تعالى هو الذى يحتمل التنصيف بالرق لا حق العبد لان حقوق الله تعالى تجب جزاء للفعل والجزاء يزداد بزيادة الجناية و ينتقص بنقصانها والجناية تتكامل بكمال حال الجانى وتنتقص بنقصان حاله فاما حق العبد فانه يجب بمقابلة المحل ولا يختلف باختلاف حال الجانى وإذا ثبت ان حد القذف حق الله تعالى خالصا أو المغلب فيه حقه فنقول لا يصح العفو عنه لان العفو انما يكون من صاحب الحق ولا يصح الصلح والاعتياض لان الاعتياض عن حق الغير لا يصح ولا يجرى فيه الارث لان الارث انما يجرى فى المتروك من ملك أو حق للمورث على ماقال عليه الصلاة والسلام من ترك مالا أو حقا فهو لورثته ولم يوجد شئ من ذلك فلا يورث ولا يجرى فيه التداخل لما ذكرنا والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان مقدار الواجب منها فمقدار الواجب فى حد الزنا اذا لم يكن الزانى محصنا مائة جلدة ان كان حرا وان كان مملوكا فخمسون لقوله عز شأنه فاذا أحصن فان أتين بفاحشة فعليهن نصف ماعلى المحصنات من العذاب ولان العقوبة على قدر الجناية والجناية تزداد بكمال حال الجانى وتنتقص بنقصان حاله والعبد أنقص حالا من الحر لاختصاص الحر بنعمة الحرية فكانت جنايته أنقص ونقصان الجناية يوجب نقصان العقوبة لان الحكم يثبت على قدر العلة هذا أمر معقول الا أن التنقيص بالتنصيف فى غيره من المقادير ثبت شرعا بقوله تعالى جل شأنه فعليهن نصف ماعلى المحصنات من العذاب وفى حد الشرب والسكر والقذف ثمانون فى الحر وأربعون فى العبد لما قلنا وفى حد السرقة لا يختلف قدر الواجب بالرق والحرية لعموم قوله تبارك وتعالى السارق والسارقة فاقطعوا أيديهما ولا يختلف بالذكورة والانوثة فى شئ من الحدود والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما شرائط جواز اقامتها فمنها مايعم الحدود كلها ومنها مايخص البعض دون البعض أما الذى يعم الحدود كلها فهو الامامة وهو أن يكون المقيم للحد هو الامام أو من ولاه الامام وهذا عندنا وعند الشافعى هذا ليس بشرط وللرجل أن يقيم الحد على مملوكه اذا ظهر الحد عنده بالاقرار أربعا عندنا ومرة عنده و بالمعاينة بان رأى عبده زنى بأجنبية ولو ظهر عنده بالشهود بأن شهدوا عنده والمولى من أهل القضاء فله فيه قولان وكذا فى اقامة المرأة الحد على مملوكها واقامة المكاتب الحد على عبد من اكسابه له فيه قولان احتج بما روى عن سيدنا على رضى الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال أقيموا الحدود على ماملكت أيمانكم وهذا نص وروى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال اذا زنت أمة احدكم فليجلدها فان عادت فليجلدها فان عادت فليجلدها فان عادت فليبعها ولو بضفير أى بحبل وهذا أيضا نص فى الباب ولان السلطان انما ملك الاقامة لتسلطه على الرعية وتسلط المولى على مملوكه فوق تسلط السلطان على رعيته ألا ترى أنه يملك الاقرار عليه بالدين و يملك عليه التصرفات والامام لا يملك شيأ من ذلك فلما ثبت الجواز للسلطان فالمولى أولى ولهذا ملك اقامة التعزير عليه كذا الحد (ولنا) أن ولاية اقامة الحدود ثابتة للامام بطريق التعيين والمولى لا يساويه فيما شرع له بهذه الولاية فلا يثبت له ولاية الاقامة استدلالا بولاية انكاح الصغار والصغائر لانها لما ثبتت للاقرب لم تثبت لمن لا يساويه فيما شرع له الولاية وهو الابعد وبيان ذلك أن ولاية اقامة الحد انما ثبت للامام لمصلحة العباد وهى صيانة أنفسهم وأموالهم واعراضهم لان القضاة يمتنعون من التعرض خوفا من اقامة الحد عليهم والمولى لا يساوى الامام فى هذا المعنى لان ذلك يقف على الامامة والامام قادر على الاقامة لشوكته ومنعته وانقياد الرعية له قهرا وجبرا ولا يخاف تبعة الجناة واتباعهم لانعدام المعارضة بينهم و بين الامام وتهمة الميل والمحاباة والتوانى عن الاقامة منتفية فى حقه فيقيم على وجهها فيحصل الغرض المشروع له الولاية بيقين وأما المولى فربما يقدر على الاقامة نفسها وربما لا يقدر لمعارضة العبد اياه ولانه رقبانى مثله يعارضه فيمنعه عن الاقامة خصوصا عند خوف الهلاك على نفسه فلا يقدر على الاقامة وكذا المولى يخاف على نفسه وماله من العبد الشرير لو قصد اقامة الحد عليه ان يأخذ بعض أمواله و يقصد اهلاكه و يهرب منه فيمتنع عن الاقامة ولو قدر على الاقامة فقد يقيم

وقد لا يقيم لما فى الاقامة من نقصان قيمته بسبب عيب الزنا والسرقة أو يخاف سراية الجلدات الى الهلاك والمرء مجبول على حب المال ولو أقام فقد يقيم على الوجه وقد لا يقيم على الوجه بل من حيث الصورة فلا يحصل الزجر فثبت أن المولى لا يساوى الامام فى تحصيل ما شرع له اقامة الحد فلا يزاحمه فى الولاية بخلاف التعزير من وجهين أحدهما أن التعزير هو التغيير والتوبيخ وذلك غير مقدر فقد يكون بالحبس وقد يكون برفع الصوت وتعبيس الوجه وقد يكون بضرب أسواط على حسب الجناية وحال الجانى لما نذكره فى موضعه والمولى يساوى الامام فى هذا لانه من باب التأديب فله قدرة التأديب والعبد ينقاد لمثله للمولى ولا يعارضه فالمولى أيضا لا يمتنع عن هذا القدر من الايلام لانه لا يوجب نقصانا فى مالية العبد ولا تعييبا فيه بخلاف الحد والثانى أن فى التعزير ضرورة ليست فى الحد لان أسباب التعزير مما يكثر وجودها فيحتاج المولى الى ان يعزر مملوكه فى كل يوم وفى كل ساعة وفى الرفع الى الامام فى كل حين وزمان حرج عظيم على الموالى ففوضت اقامة الحد الى الموالى شرعا أو صار المولى مأذونا فى ذلك من جهة الامام دلالة وصار نائبا عن الامام فيه ولا حرج فى الحد لانه لا يكثر وجوده لانعدام كثرة أسباب وجوبه وأما الحديثان فيحتمل أن يكون خطابا للقوم معلومين علم عليه الصلاة والسلام منهم من طريق الوحى انهم يقيمون الحدود من غير تقصير مثل الامير والسلطان ويحتمل أن يكون ذلك خطابا للائمة فى حق عبيدهم والتخصيص للترغيب فى اقامة الحد لما أن الائمة والسلاطين لا يباشرون الاقامة بانفسهم عادة بل يفوضونها الى الحكام والمحتسبين وقد يجىء منهم فى ذلك تقصير ويحتمل الاقامة بطريق التسبب بالسعى لرفع ذلك الى الامام بطريق الحسبة وتخصيص المولى للترغيب لهم فى الاقامة لاحتمال الميل والتقصير فى ذلك ويحتمل أن يكون المراد من الحد المذكور فى الحديث التعزير لوجود معنى الحد فيه وهو المنع فلا يصح الاحتجاج بهما مع الاحتمال والله تعالى أعلم وللامام أن يستخلف على اقامة الحدود لانه لا يقدر على استيفاء الجميع بنفسه لان أسباب وجوبها توجد فى أقطار دار الاسلام ولا يمكنه الذهاب اليها وفى الاحضار الى مكان الامام حرج عظيم فلو لم يجز الاستخلاف لتعطلت الحدود وهذا لا يجوز ولهذا كان عليه الصلاة والسلام يجعل الى الخلفاء تنفيذ الاحكام واقامة الحدود ثم الاستخلاف نوعان تنصيص وتولية أما التنصيص فهو أن ينص على اقامة الحدود فيجوز للخليفة اقامتها بلا شك وأما التولية فعلى ضربين عامة وخاصة فالعامة هى أن يولى رجلا ولاية عامة مثل امارة اقليم أو بلد عظيم فيملك المولى اقامة الحدود وان لم ينص عليها لانه لما قلده امارة ذلك البلد فقد فوض اليه القيام بمصالح المسلمين واقامة الحدود معظم مصالحهم فيملكها والخاصة هى ان يولى رجلا ولاية خاصة مثل جباية الخراج ونحو ذلك فلا يملك اقامة الحدود لان هذه التولية لم تتناول اقامة الحدود ولو استعمل أميرا على الجيش الكبير فان كان أمير مصر أو مدينة فغزا بجنده فانه يملك اقامة الحدود فى معسكره لانه كان يملك الاقامة فى بلده فاذا خرج بأهله أو ببعضهم ملك عليهم ما كان يملك فيهم قبل الخروج وأما من أخرجه أمير البلد غازيا فانما كان يملك اقامة الحد عليهم قبل الخروج وبعد الخروج لم يفوض اليه الاقامة فلا يملك الاقامة والامام العدل له ان يقيم الحدود وينفذ القضاء فى معسكره كما له ان يفعل ذلك فى المصر لان للامام ولاية على جميع دار الاسلام ثابتة وكذا اذا استعمل قاضيا له أن يفعل ذلك فى المعسكر لانه نائب الامام والله تعالى أعلم وأما الذى يخص البعض دون البعض فمنها البداية من الشهود فى حد الرجم اذا ثبت بالشهادة حتى لو امتنع الشهود عن البداية أو ماتوا أو غابوا كلهم أو بعضهم لا يقام الرجم على المشهود عليه وهذا قول أبى حنيفة ومحمد واحدى الروايتين عن أبى يوسف استحسانا وروى عن أبى يوسف رواية أخرى انها ليست بشرط ويقام الرجم على المشهود عليه وهو قول الشافعى رحمه الله وهو القياس وجه القياس ان الشهود فيما وراء الشهادة وسائر الناس سواء ثم لا تشترط البداية من أحد منهم فكذا من الشهود ولان الرجم أحد نوعى الحد فيعتبر بالنوع الآخر وهو الجلد والبداية من الشهود ليست بشرط فيه كذا فى الرجم (ولنا) ما روى عن سيدنا على رضى الله عنه أنه قال يرجم الشهود أولا ثم الامام ثم الناس وكلمة ثم للترتيب وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضى

الله عنهم ولم ينقل أنه أنكر عليه أحد فيكون اجماعا ولان فى اعتبار الشرط احتياطا فى درء الحد لان الشهود اذا بدؤا
بالرجم ربما استعظموا فعله فيحملهم ذلك على الرجوع عن الشهادة فيسقط الحد عن المشهود عليه بخلاف الجلد لانا
انما عرفنا البداية شرطا استحسانا بالاثر فيسقط الحد عليه والاثر ورد فى الرجم خاصة فيبقى أمر الجلد على أصل
القياس ولان الجلد لا يحسنه كل أحد ففوض استيفاؤه الى الائمة بخلاف الرجم والله تعالى أعلم ومنها أهلية اداء
الشهادة للشهود عند الاقامة فى الحدود كلها حتى لو بطلت الاهلية بالفسق أو الردة أو الجنون أو العمى أو الخرس أو حد
القذف بان فسق الشهود أو ارتدوا أو جنوا أو عموا أو خرسوا أو ضربوا حد القذف كلهم أو بعضهم لا يقام الحد على
المشهود عليه لان اعتراض أسباب الجرح على الشهادة عند امضاء الحد بمنزلة اعتراضها عند القضاء به واعتراضها عند
القضاء يبطل الشهادة فكذا عند الامضاء فى باب الحدود عن القضاء وأما موت الشهود وغيبتهم عند الاقامة فلا
يمنعان من الاقامة فى سائر الحدود الا الرجم حتى لو ماتوا كلهم أو غابوا كلهم أو بعضهم يقام الحد على المشهود عليه الا
الرجم لانهما ليسا من اسباب الجرح لان أهلية الشهادة لا تبطل بالموت والغيبة بل تتناهى وتتقرر وتختم بها العدالة على
وجه لا يحتمل الجرح وفى حد الرجم انما يمنعان الاقامة لا لانهما يجرحان فى الشهادة بل لان البداية من الشهود شرط
جواز الاقامة ولم توجد وروى عن محمد فى الشهود اذا كانوا مقطوعين الايدى أو بهم مرض لا يستطيعون الرمى
ان الامام يرمى ثم الناس وجعل قطع اليد أو المرض عذرا فى فوات البداية ولم يجعل الموت عذرا فيه وان ثبت الرجم
بالاقرار يبدأ به الامام ثم الناس والله تعالى أعلم ومنها أن لا يكون فى اقامة الجلدات خوف الهلاك لان هذا الحد
شرع زاجرا لا مهلكا فلا يجوز الاقامة فى الحر الشديد والبرد الشديد لما فى الاقامة فيهما من خوف الهلاك ولا يقام
على مريض حتى يبرأ لانه يجتمع عليه وجع المرض وألم الضرب فيخاف الهلاك ولا يقام على النفساء حتى ينقضى
النفاس لان النفاس نوع مرض ويقام على الحائض لان الحيض ليس بمرض ولا يقام على الحامل حتى تضع وتطهر
من النفاس لان فيه خوف هلاك الولد والوالدة ويقام الرجم فى هذا كله الا على الحامل لان ترك الاقامة فى هذه
الاحوال للاحتراز عن الهلاك والرجم حد مهلك فلا معنى للاحتراز عن الهلاك فيه الا انه لا يقام على الحامل لان
فيه اهلاك الولد بغير حق ولا يجمع الضرب فى عضو واحد لانه يفضى الى تلف ذلك العضو أو الى تمزيق جلده وكل
ذلك لا يجوز بل يفرق الضرب على جميع الاعضاء من الكتفين والذراعين والعضدين والساقين والقدمين الا الوجه
والفرج والرأس لان الضرب على الفرج مهلك عادة وقد روى عن سيدنا على رضى الله عنه موقوفا عليه ومرفوعا
الى رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال اتق وجهه ومذاكيره والضرب على الوجه يوجب المثلة وقد نهى رسول الله
صلى الله عليه وسلم عن المثلة والرأس مجمع الحواس وفيه العقل فيخاف من الضرب عليه فوات العقل أو فوات بعض
الحواس وفيه اهلاك الذات من وجه وقال أبو يوسف رحمه الله ايضاً لا يضرب الصدر والبطن ويضرب الرأس
سوطا أو سوطين أما الصدر والبطن فلان فيه خوف الهلاك وأما الرأس فلقول سيدنا عمر رضى الله عنه اضربوا
الرأس فان فيه شيطاناً والجواب ان الحديث ورد فى قتل أهل الحرب خصوصاً قوما كانوا بالشام يحلقون أوساط
رؤسهم ثم تفريق الضرب على الاعضاء مذهبنا وقال الشافعى عليه الرحمة يضرب كله على الظهر وهذا ليس بسديد
لان المأمور به هو الجلد وانه مأخوذ من ضرب الجلد والضرب على عضو واحد ممزق للجلد وبعد تمزيق الجلد لا يمكن
الضرب على الجلد بعد ذلك ولان فى الجمع على عضو واحد خوف الهلاك وهذا الحد شرع زاجراً لا مهلكا والله
سبحانه وتعالى أعلم وأما كيفية اقامة الحدود فاما حد الرجم فلا ينبغى ان يربط المرجوم بشىء ولا ان يمسك ولا ان
يحفر له اذا كان رجلا بل يقام قائما لان ماعزاً لم يربط ولم يمسك ولا حفر له ألا يرى أنه روى أنه هرب من أرض
قليلة الحجارة الى أرض كثيرة الحجارة ولو ربط أو مسك أو حفر له لما قدر على الهرب وان كان المرجوم امرأة فان
شاء الامام حفر لها وان شاء لم يحفر أما الحفر فلانه أستر لها وقد روى أنه عليه الصلاة والسلام حفر للمرأة الغامدية

الى ثندوتها وأخـذ حصاة مثل الحمصة ورماها بها وحفر سيدنا على رضى الله عنه لسراحة الهمذانيـة الى سرتها وأما ترك الحفر فلان الحفر للستر وهى مستورة بثيابها لانها لاتجرد عند اقامة الحـد ولا بأس لكل من رمى ان يتعمد مقتله لان الرجم حد مهلك فما كان أسرع الى الهلاك كان أولى الا اذا كان الرامى ذا رحم محرم من المرجوم فلا يستحب له ان يتعمد مقتله لانه قطع الرحم من غير ضرورة لان غيره يكفيه و يغنيه وقد روى أن حنظلة غسيل الملائكة استأذن رسول الله صلى الله عليه وسلم فى قتل أبيه أبى عامر وكان مشركا فنهاه عليه الصلاة والسلام عن ذلك وقال دعه يكفيك غيرك وأما حد الجلد فاشد الحدود ضربا حد الزنا ثم حـد الشرب ثم حد القذف لان جناية الزنا أعظم من جناية الشرب والقـذف امامن جناية القذف فلا شك فيه لان القذف نسبة الى الزنا فكانت دون حقيقة الزنا وامامن جناية الشرب فلان قبح الزنا ثابت شرعا وعقلا وحرمة نفس الشرب ثبتت شرعا لا عقلا ولهذا كان الزنا حراما فى الاديان كلها بخلاف الشرب وكذا الخمر يباح عند ضرورة المخمصة والا كراه ولا يباح الزنا عند الا كراه وغلبة الشبق وكذا وجوب الجلد فى الزنا ثبت بنص الـكتاب العزيز المكنون ولا نص فى الشرب وانما استخرجه الصحابة الكرام رضى الله عنهـم بالاجتهاد والاسـتدلال بالقذف فقالوا اذا سكر هذى واذا هذى افترى وحد المفترى ثمانون وقال سبحانه وتعـالى جـل شأنه فى حد الزنا ولا تأخذ كم بهما رأفة فى دين الله ان كنتم تؤمنون بالله قيـل فى التأويل أى بتخفيف الجلدات وانما كان ضرب القذف أخف الضرب لوجهين أحدهما أن وجوده ثبت بسبب متردد لان القـاذف يحتـمل أن يكون صادقا فى قذفه ولا حد عليه والثانى انه انضاف اليه رد الشهادة على التأبيد فجرى فيه نوع تخفيف و يضرب قائما ولا يمد على العقابين ولا عـلى الارض كما يفعل فى زماننا لانه بدعة بل يضرب قائما ولا يمد السوط بعد الضرب بل يرفع لان المد بعـد الضرب بمنزلة ضربة أخرى فيكون زيادة على الحد ولا يمد الجـلاد يده الى مافوق رأسه لانه يخاف فيـه الهلاك أو تمزيق الجلد ولا يضرب بسوط له ثمرة لان اتصال الثمرة بمنزلة ضربة أخرى فيصير كل ضربة بضربتـين فيكون زيادة على القـدر المشروع و ينبغى أن يكون الجلاد عاقلا بصيرا بأمر الضرب فيضرب ضربة بين ضربتين ليس بالمبرح ولا بالذى لا يوجـد فيه مس و يجرد الرجل فى حد الزنا و يضرب على ازار واحـد لانه أشد الحـدود ضربا ومعنى الشدة لا يحصل الا بالتجريد وفى حد الشرب يجرد أيضا فى الرواية المشهورة و روى عن محمد رحمه الله أنه لا يجرد وجـه هذه الرواية أن ضرب الشرب أخف من ضرب الزنا فـلا بد من اظهار آية التخفيف وذلك بترك التجريد وجه الرواية المشهورة أنه قد جرى التخفيف فيه مرة فى الضرب فلو خفف فيه ثانيا بترك التجريد لا يحصـل المقصود من الحد وهو الزجر ولا يجرد فى حد القذف بلا خلاف لان وجوبه بسبب متردد محتمل فيراعى فيه التخفيف بترك التجريد كما روعى فى أصل الضرب بخلاف حد الشرب لان وجوبه ثبت بسبب لا تردد فيه وأما المرأة فلا ينزع عنها ثيابها الا الحشو والفرو فى الحدود كلها لانها عورة وتضرب قاعدة لان ذلك أستر لها و يفرق الضرب فى الاعضاء كلها لما ذكرنا لان الجمع فى عضو واحد يقع اهلا كا للعضو أو تمزيقا أو تخريقا للجلد وكل ذلك ليس بمشروع فيفرق على الاعضاء كلها الا الوجه والمذا كير والرأس وقد ذكرنا ذلك فيما تقدم ولا يقام شىء من ذلك فى المسجد لما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما عن رسول الله صلى الله عليه وسـلم قال لا تقام الحـدود فى المساجد وهذا نص فى الباب ولان تعظيم المسجد واجب وفى اقامة الحـدود فيه ترك تعظيمه يؤيده أن نهينا عن سل السيوف فى المساجد قال عليه الصلاة والسلام جنبوا مساجد كم صبيانكم ومجانينكم و بياعاتكم وأشريتكم وسل سيوفكم تعظيما للمسجد ومعلوم ان سـل السيف فى ترك التعظيم دون الجلد والرجم فلما كره ذلك فلان يكره هـذا أولى ولان اقامة الحدود فى المسجد لا تخلو عن تلويثه فتجب صيانة المسجد عن ذلك و ينبغى أن تقام الحـدود كلها فى ملأ من الناس لقوله تبارك وتعـالى عز اسمه وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين والنص وان ورد فى حـد الزنا لـكن النص الوارد فيه يكون واردا فى سائر الحدود دلالة لان المقصود من الحدود كلها واحد وهو زجر العامة وذلك

لايحصل الا وان تكون الاقامة على رأس العامة لان الحضور يتزجرون بأنفسهم بالمعاينة والغيب ينزجرون باخبار الحضور فيحصل الزجر للكل وكذا فيه منع الجلاد من المجاوزة عن الحد الذى جعل له لانه لو جاوز لمنعه الناس عن المجاوزة وفيه أيضا دفع التهمة والميل فلا يتهمه الناس أن يقيم الحد عليه بلا جرم سبق منه والله تعالى الموفق

﴿فصل﴾ وأما بيان ما يسقط الحد بعد وجوبه فالمسقط له أنواع منها الرجوع عن الاقرار بالزنا والسرقة والشرب والسكر لانه يحتمل أن يكون صادقا فى الرجوع وهو الانكار و يحتمل ان يكون كاذبا فيه فان كان صادقا فى الانكار يكون كاذبا فى الاقرار وان كان كاذبا فى الانكار يكون صادقا فى الاقرار فيورث شبهة فى ظهور الحد والحدود لا تستوفى مع الشبهات وقد روى أن ماعزا لما أقر بين يدى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالزنا لقنه الرجوع فقال عليه الصلاة والسلام لعلك قبلتها لعلك مسستها وقال عليه الصلاة والسلام لتلك المرأة أسرقت قولى لا ما اخالك سرقت وكان ذلك منه عليه الصلاة والسلام تلقينا للرجوع فلو لم يكن محتملا للسقوط بالرجوع ما كان للتلقين معنى وهذا هو السنة للامام اذا أقر انسان عنده بشىء من أسباب الحدود الخالصة ان يلقنه الرجوع درأ للحد كما فعل عليه الصلاة والسلام فى الزنا والسرقة وسواء رجع قبل القضاء أو بعده قبل الامضاء أو بعد امضاء بعض الجلدات أو بعض الرجم وهو حى بعد لما قلنا ثم الرجوع عن الاقرار قد يكون نصا وقد يكون دلالة بان أخذ الناس فى رجمه فهرب ولم يرجع أو أخذ الجلاد فى الجلد فهرب ولم يرجع حتى لا يتبع ولا يتعرض له لان الهرب فى هذه الحالة دلالة الرجوع وروى أنه لما هرب ماعز ذكر ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال هلا خليتم سبيله دل أن الهرب دليل الرجوع وأن الرجوع مسقط للحد وكما يصح الرجوع عن الاقرار بالزنا يصح عن الاقرار بالاحصان حتى لو ثبت على الاقرار بالزنا ورجع عن الاقرار بالاحصان يسقط عنه الرجم و يجلد لان الاحصان شرط صيرورة الزنا علة لوجوب الرجم فيصح الرجوع عنه كما يصح عن الزنا فيبطل الاحصان و يبقى الزنا فيجب الجلد وأما الرجوع عن الاقرار بالقذف فلا يسقط الحد لان هذا الحد حق العبد من وجه وحق العبد بعد ما ثبت لا يحتمل السقوط بالرجوع كالقصاص وغيره ومنها تصديق المقذوف القاذف فى القذف لانه لما صدقه فقد ظهر صدقه فى القذف ومن المحال أن يحد الصادق على الصدق ولان حد القذف انما وجب لدفع عار الزنا وشينه عن المقذوف ولما صدقه فى القذف فقد التزم العار بنفسه فلا يندفع عنه بالحد فيسقط ضرورة ومنها تكذيب المقذوف المقر فى اقراره بالقذف بأن يقول له انك لم تقذفنى بالزنا لانه لما كذبه فى القذف فقد كذب نفسه فى الدعوى والدعوى شرط ظهور هذا الحد (ومنها) تكذيب المقذوف حجته على القذف وهى البينة بأن يقول بعد القضاء بالحد قبل الامضاء شهودى شهدوا بزور لانه يحتمل أن يكون صادقا فى التكذيب فثبت الشبهة ولا يجوز استيفاء الحد مع الشبهة (ومنها) تكذيب المزنى بها المقر بالزنا قبل اقامة الحد عليه بأن قال رجل زنيت بفلانة فكذبته وأنكرت الزنا وقالت لا أعرفك و يسقط الحد عن الرجل وهذا قولهما وقال محمد لا يسقط كذا ذكر الكرخى رحمه الله الاختلاف وذكر القاضى فى شرحه قول أبى يوسف مع قول محمد (وجه) قوله ان زنا الرجل قد ظهر باقراره وامتناع الظهور فى جانب المرأة لمعنى يخصها وهو انكارها فلا يمنع الظهور فى جانب الرجل ولهما ان الزنا لا يقوم الا بالفاعل والمحل فاذا لم يظهر فى جانبها امتنع الظهور فى جانبه هذا اذا أنكرت ولم تدع على الرجل حد القذف فان ادعت على الرجل حد القذف يحد حد القذف و يسقط حد الزنا لانه لا يجب عليه حدان هذا اذا كذبته ولم تدع النكاح (فأما) اذا ادعت النكاح والمهر قبل اقامة الحد عليه يسقط الحد عن الرجل بالاجماع لانه لم يجب عليها للشبهة لاحتمال أن تكون صادقة فى دعوى النكاح فتمكنت الشبهة فى وجوب الحد عليها واذا لم يجب عليها الحد تعدى الى جانب الرجل فسقط عنه وعليه المهر لان الوطء لا يخلو عن عقوبة أو غرامة وان كان دعوى النكاح منها بعد اقامة الحد على الرجل لا مهر لها عليه لان الوجوب فى الفصل الاول لضرورة اقامة الحد ولم توجد وعلى هذا اذا أقرت المرأة

بالزنا مع فلان فأنكر الرجل وكذبها أو ادعى النكاح على الاتفاق والاختلاف ولو أقر الرجل بالزنا بفلانة فادعت المرأة الاستكراه يحد الرجل بالاتفاق فرق بين هذا و بين الاول (ووجه) الفرق ان المرأة فى الفصل الاول أنكرت وجود الزنا فلم يثبت الزنا من جانبها فتعدى الى جانب الآخر وههنا أقرت بالزنا لكنها ادعت الشبهة لمعنى يخصها وهو كونها مكرهة فلا يتعدى الى جانب الرجل والدليل على التفرقة بينهما انا لو تيقنا بالاكراه يقام الحد على الرجل بالاجماع ولو تيقنا بالنكاح فى الفصل الاول لا يقام الحد على الرجل والله تعالى أعلم (ومنها) رجوع الشهود بعد القضاء قبل الامضاء لان رجوعهم يحتمل الصدق والكذب فيورث شبهة والحدود لا تستوفى مع الشبهات وقد ذكرنا الاحكام المتعلقة برجوع الشهود فى باب الحدود كلهم أو بعضهم قبل القضاء أو بعده قبل الامضاء أو بعد الامضاء بما فيه من الاتفاق والاختلاف فى كتاب الرجوع عن الشهادات (ومنها) بطلان أهلية شهادتهم بعد القضاء قبل الامضاء بالفسق والردة والجنون والعمى والخرس وحد القذف لما ذكرنا فيما تقدم (ومنها) موتهم فى حد الرجم خاصة فى ظاهر الرواية لما ذكرنا أن البداية بالشهود شرط جواز الاقامة وقد فات بالموت على وجه لا يتصور عوده فسقط الحد ضرورة (وأما) اعتراض ملك النكاح أو ملك اليمين فهل يسقط الحد بان زنا بامرأة ثم تزوجها أو بجارية ثم اشتراها عن أبى حنيفة رضى الله عنه فيه ثلاث روايات روى محمد رحمه الله عنه أنه لا يسقط وهو قول أبى يوسف ومحمد و روى أبو يوسف عنه أنه يسقط و روى الحسن عنه أن اعتراض الشراء يسقط واعتراض النكاح لا يسقط (وجه) رواية الحسن أن البضع لا يصير مملوكا للزوج بالنكاح بدليل أنها اذا وطئت بشبهة كان العقر لها والعقر بدل البضع والبدل انما يكون لمن كان له المبدل فلم يحصل استيفاء منافع البضع من محل مملوك له فلا يورث شبهة و بضع الامة يصير مملوكا للمولى بالشراء ألا ترى أنها لو وطئت بشبهة كان العقر للمولى فحصل الاستيفاء من محل مملوك له فيورث شبهة فصار كالسارق اذا ملك المسروق بعد القضاء قبل الامضاء (وجه) رواية أبى يوسف أن المرأة تصير مملوكة للزوج بالنكاح فى حق الاستمتاع فحصل الاستيفاء من محل مملوك فيصير شبهة كالسارق اذا ملك المسروق (وجه) رواية محمد رحمه الله ان الوطء حصل زنا محضا لمصادفته محلا غير مملوك له فحصل موجبا للحد والعارض وهو الملك لا يصلح مسقطا لاقتصاره على حالة ثبوته لانه يثبت بالنكاح والشراء وكل واحد منهما وجد للحال فلا يستند الملك الثابت به الى وقت وجود الوطء فبقى الوطء خاليا عن الملك فبقى زنا محضا موجبا للحد بخلاف السارق اذا ملك المسروق لان هناك وحد المسقط وهو بطلان ولاية الخصومة لان الخصومة هناك شرط وقد خرج المسروق منه من أن يكون خصما بتلك المسروق لذلك افترقا والله سبحانه وتعالى أعلم ولو غصب جارية فزنا بها فماتت روى أبو يوسف عن أبى حنيفة رضى الله عنهما ان عليه الحد وقيمة الجارية و روى الحسن عنهما ان عليه القيمة ولا حد عليه وذكر الكرخى ان هذا أصح الروايتين (وجه) رواية أبى يوسف ان الضمان لا يجب الا بعد هلاك الجارية وهى بعد الهلاك لا تحتمل الملك فلا يملكها الغاصب بالضمان فلا يمتنع وجوب الحد (وجه) رواية الحسن ان الضمان لا يجب بعد الهلاك وانما يجب فى آخر جزء من أجزاء الحياة وهى محتملة للملك فى ذلك الوقت فيستند الى وقت وجود السبب ولان حياة المحل تشترط لثبوت الملك فيه مقصودا بمبادلة مقصودة والملك ههنا يثبت ضرورة استحالة اجتماع البدل والمبدل فى ملك رجل واحد فى عقد المبادلة فلا يشترط له حياة المحل فيثبت الملك فى الميت وانه يمنع وجوب الحد ولو غصب حرة فزنا بها فماتت فعليه الحد والدية لان ملك الضمان فى الحرة لا يوجب ملك المضمون لان المحل لا يحتمل التملك فلا يمتنع وجوب الحد بخلاف الامة والله عز وجل أعلم

﴿فصل﴾ وأما حكم الحدود اذا اجتمعت فالاصل فى أسباب الحدود اذا اجتمعت أن يقدم حق العبد فى الاستيفاء على حق الله عز وجل لحاجة العبد الى الانتفاع بحقه وتعالى الله تعالى عن الحاجات ثم ينظر ان لم يكن استيفاء حقوق الله تعالى تسقط ضرورة وان أمكن استيفاؤها فان كان فى اقامة شئ منها اسقاط البواقى يقام ذلك درأ للبواقى

لقوله

لقوله عليه الصلاة والسلام ادرؤا الحدود ما استطعتم وان لم يكن فى اقامة شئ منها اسقاط البواقى يقام الكل جمعا بين الحقين فى الاستيفاء واذا ثبت هذا فنقول اذا اجتمع القذف والشرب والسكر والزنا من غير احصان والسرقة بان قذف انسانا بالزنا وشرب الخمر وسكر من غير الخمر من الاشربة المعهودة وزنى وهو غير محصن وسرق مال انسان ثم أتى به الى الامام بدأ الامام بحد القذف فيضربه لانه حق الله عز شانه من وجه وماسواه حقوق العباد على الخلوص فيقدم استيفاؤه ثم يستوفى حقوق الله تعالى لانه يمكن استيفاؤها وليس فى اقامة شئ منها اسقاط البواقى فلا يسقط ثم اذا ضرب حد القذف يحبس حتى يبرأ من الضرب ثم الامام بالخيار فى البداية ان شاء بدأ بحد الزنا وان شاء بحد السرقة ويؤخر حد الشرب عنهما لانهما ثبتا بنص الكتاب العزيز وحد الشرب لم يثبت بنص الكتاب الكريم انما ثبت باجماع مبنى على الاجتهاد أو على خبر الواحد ولا شك أن الثابت بنص الكتاب آكد ثبوتا ولا يجمع ذلك كله فى وقت واحد بل يقام كل واحد منهما بعد ما برأ من الاول لان الجمع بين الكل فى وقت واحد يفضى الى الهلاك ولو كان من جملة هذه الحدود حد الرجم بان زنى وهو محصن يبدأ بحد القذف ويضمن السرقة ويرجم ويدرأ عنه ماسوى ذلك لان حد القذف حق العبد فيقدم فى الاستيفاء وفى اقامة حد الرجم اسقاط البواقى فيقام درأ للبواقى لان الحدود واجبة الدرء ما أمكن فيدرأ الا أنه يضمن السرقة لان المال لا يحتمل الدرء وكذا لو كان مع هذه الحدود قصاص فى النفس يبدأ بحد القذف ويضمن السرقة ويقتل قصاصا ويدرأ ماسوى ذلك وانما بدئ بحد القذف دون القصاص الذى هو خالص حق العبد لان فى البداية بالقصاص اسقاط حد القذف ولا سبيل اليه لذلك يبدأ بحد القذف ويقتل قصاصا ويبطل ماسوى ذلك لتعذر الاستيفاء بعد القتل الا أنه يضمن السرقة لما قلنا ولو كان مع القصاص فى النفس قصاص فيما دون النفس يحد حد القذف يقتص فيما دون النفس ويقتص فى النفس ويلغى ماسوى ذلك ولو لم يكن فى الحدود حد القذف ويقتص فيما دون النفس ثم يقتص فى النفس ويلغى ماسوى ذلك ولو اجتمعت الحدود الخالصة والقتل يقتص ويلغى ماسوى ذلك لان تقديم القصاص على الحدود فى الاستيفاء واجب ومتى قدم استيفاؤه تعذر استيفاء الحدود فتسقط ضرورة والله تعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما حكم المحدود فالحد ان كان رجما فاذا قتل يدفع الى أهله فيصنعون به ما يصنع بسائر الموتى فيغسلونه ويكفنونه ويصلون عليه ويدفنونه بهذا أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم لما رجم ماعزا فقال عليه الصلاة والسلام اصنعوا به ما تصنعون بموتاكم وان كان جلدا فحكم المحدود وغيره سواء فى سائر الاحكام من الشهادة وغيرها الا المحدود فى القذف خاصة فى أداء الشهادة فانه تبطل شهادته على التأبيد حتى لا تقبل وان تاب الا فى الديانات عندنا وعند الشافعى رحمه الله تقبل شهادته بعد التوبة وقد ذكرنا المسئلة وفروعها فى كتاب الشهادات والله الموفق

﴿فصل﴾ وأما التعزير فالكلام فيه فى مواضع فى بيان سبب وجوب التعزير وفى بيان شرط وجوبه وفى بيان قدره وفى بيان وصفه وفى بيان ما يظهر به (أما) سبب وجوبه فارتكاب جناية ليس لها حد مقدر فى الشرع سواء كانت الجناية على حق الله تعالى كترك الصلاة والصوم ونحو ذلك أو على حق العبد بأن آذى مسلما بغير حق بفعل أو بقول يحتمل الصدق والكذب بأن قال له ياخبيث يافاسق ياسارق يافاجر يا كافر يا آكل الربا ياشارب الخمر ونحو ذلك فان قال له ياكلب ياخنزير ياحمار يا ثور ونحو ذلك لا يجب عليه التعزير لان فى النوع الاول انما وجب التعزير لانه ألحق العار بالمقذوف اذ الناس بين مصدق ومكذب فعزر دفعا للعار عنه والقاذف فى النوع الثانى ألحق العار بنفسه بقذفه غيره بما لا يتصور فيرجع عار الكذب اليه لا الى المقذوف

﴿فصل﴾ وأما شرط وجوبه فالعقل فقط فيعزر كل عاقل ارتكب جناية ليس لها حد مقدر سواء كان حرا أو عبدا ذكرا أو أنثى مسلما أو كافرا بالغا أو صبيا بعد أن يكون عاقلا لان هؤلاء من أهل العقوبة الا الصبى العاقل فانه

يعزر تأديبا لا عقوبة لانه من أهل التأديب ألا ترى الى ماروى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال مروا صبيانكم بالصلاة اذا بلغوا سبعاً واضربوهم عليها اذا بلغوا عشرا وذلك بطريق التأديب والتهذيب لا بطريق العقوبة لانها تستدعى الجناية وفعل الصبي لا يوصف بكونه جناية بخلاف المجنون والصبي الذى لا يعقل لانهما ليسا من أهل العقوبة ولا من أهل التأديب

﴿فصل﴾ وأما قدر التعزير فانه ان وجب بجناية ليس من جنسها ما يوجب الحد كما اذا قال لغيره يافاسق ياخبيث ياسارق ونحو ذلك فالامام فيه بالخيار ان شاء عزره بالضرب وان شاء بالحبس وان شاء بالكهر والاستخفاف بالكلام وعلى هذا يحمل قول سيدنا عمر رضى الله عنه لعبادة بن الصامت يا أحمق ان ذلك كان على سبيل التعزير منه اياه لا على سبيل الشتم اذلا يظن ذلك من مثل سيدنا عمر رضى الله عنه لا بأحد فضلا عن الصحابى ومن مشايخنا من رتب التعزير على مراتب الناس فقال التعازير على أربعة مراتب تعزير الاشراف وهم الدهاقون والقواد وتعزير أشراف الاشراف وهم العلوية والفقهاء وتعزير الاوساط وهم السوقة وتعزير الاخساء وهم السفلة فتعزير أشراف الاشراف بالاعلام المجرد وهو أن يبعث القاضى أمينه اليه فيقول له بلغنى أنك تفعل كذا وكذا وتعزير الاشراف بالاعلام والجر الى باب القاضى والخطاب بالمواجهة وتعزير الاوساط الاعلام والجر والحبس وتعزير السفلة الاعلام والجر والضرب والحبس لان المقصود من التعزير هو الزجر وأحوال الناس فى الانزجار على هذه المراتب وان وجب بجناية فى جنسها الحد لكنه لم يجب لفقد شرطه كما اذا قال لصبى أو مجنون يازانى أو لذمية أو أم ولد يازانية فالتعزير فيه بالضرب و يبلغ أقصى غاياته وذلك تسعة وثلاثون فى قول أبى حنيفة عليه الرحمة وعند أبى يوسف خمسة وسبعون وفى رواية النوادر عنه تسعة وسبعون وقول محمد عليه الرحمة مضطرب ذكره الفقيه أبو الليث رحمه الله والحاصل أنه لا خلاف بين أصحابنا رضى الله عنهم أنه لا يبلغ التعزير الحد لما روى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال من بلغ حدا فى غير حد فهو من المعتدين الا أن أبا يوسف رحمه الله صرف الحد المذكور فى الحديث على الاحرار وزعم أنه الحد الكامل لا حد المماليك لان ذلك بعض الحد وليس بحد كامل ومطلق الاسم ينصرف الى الكامل فى كل باب ولان الاحرار هم المقصودون فى الخطاب وغيرهم ملحق بهم فيه ثم قال فى رواية ينقص منها سوط وهو الاقيس لان ترك التبليغ يحصل به وفى رواية قال ينقص منها خمسة وروى ذلك أثرا عن سيدنا على رضى الله عنه أنه قال يعزر خمسة وسبعين قال أبو يوسف رحمه الله فقلدته فى نقصان الخمسة واعتبرت عنه أدنى الحدود و روى عنه أنه قال أخذت كل نوع من بابه وأخذت التعزير فى اللمس والقبلة من حد الزنا والقذف بغير الزنا من حد القذف ليكون الحاق كل نوع ببابه وأبو حنيفة صرفه الى حد المماليك وهو أربعون لانه ذكر حدا منكرا فيتناول حدا ما وأربعون حد كامل فى المماليك فينصرف اليه ولان فى الحمل على هذا الحد أخذا بالثقة والاحتياط لان اسم الحد يقع على النوعين فلو حملناه على ماقاله أبو حنيفة يقع الامن عن وعيد التبليغ لانه لا يبلغ ولو حملناه على ماقاله أبو يوسف لا يقع الامن عنه لاحتمال انه أراد به حد المماليك فيصير مبلغاً غير الحد الحد فيلحقه الوعيد فكان الاحتياط فيما قاله أبو حنيفة رحمه الله والله تعالى الموفق

﴿فصل﴾ واما صفته فله صفات منها انه أشد الضرب واختلف المشايخ فى المراد بالشدة المذكورة قال بعضهم أريد بها الشدة من حيث الجمع وهى ان يجمع الضربات فيه على عضو واحد ولا يفرق بخلاف الحدود وقال بعضهم المراد منها الشدة فى نفس الضرب وهو الايلام ثم انما كان أشد الضرب لوجهين أحدهما انه شرع للزجر المحض ليس فيه معنى تكفير الذنب بخلاف الحدود فان معنى الزجر فيها يشوبه معنى التكفير للذنب قال عليه الصلاة والسلام الحدود كفارات لاهلها فاذا تمحض التعزير للزجر فلا شك ان الاشد أزجر فكان فى تحصيل ماشرع له أبلغ والثانى انه قد نقص عن عدد الضربات فيه فلو لم يشدد فى الضرب لا يحصل المقصود منه وهو الزجر ومنها انه يحتمل العفو

والصلح

والصلح والابراء لانه حق العبد خالصا فتجرى فيه هذه الاحكام كما تجرى فى سائر الحقوق للعباد من القصاص وغيره بخلاف الحدود ومنها انه يورث كالقصاص وغيره لما قلنا ومنها انه لا يتداخل لان حقوق العبد لا تحتمل التداخل بخلاف الحدود و يؤخذ فيه الكفيل الا انه لا يحبس لتعديل الشهود اما التكفيل فلان التكفيل للتوثيق والتعزير حق العبد فكان التوثيق ملائما له بخلاف الحدود على أصل أبى حنيفة رحمه الله واما عدم الحبس فلان الحبس يصلح تعزيرا فى نفسه فلا يكون مشروعا قبل تعديل الشهود بخلاف الحدود انه يحبس فيها لتعديل الشهود لان الحبس لا يصلح حدا والله تعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما يظهر به فنقول انه يظهر بما يظهر به سائر حقوق العباد من الاقرار والبينة والنكول وعلم القاضى ويقبل فيه شهادة النساء مع الرجال والشهادة على الشهادة وكتاب القاضى الى القاضى كما فى سائر حقوق العباد وروى الحسن عن أبى حنيفة رحمهما الله لا يقبل فيه شهادة النساء والصحيح هو الاول لانه حق العبد على الخلوص فيظهر بما يظهر به حقوق العباد ولا يعمل فيه الرجوع كما لا يعمل فى القصاص وغيره بخلاف الحدود الخالصة لله تعالى والله تعالى عز شأنه أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

﴿ كتاب السرقة ﴾

يحتاج لمعرفة مسائل السرقة الى معرفة ركن السرقة والى معرفة شرائط الركن والى معرفة ما يظهر به السرقة عند القاضى والى معرفة حكم السرقة

﴿ فصل ﴾ أما ركن السرقة فهو الاخذ على سبيل الاستخفاء قال الله تبارك وتعالى الا من استرق السمع سمى سبحانه وتعالى أخذ المسموع على وجه الاستخفاء استراقا ولهذا يسمى الاخذ على سبيل المجاهرة مغالبة أو نهبة أو خلسة أو غصبا أو انتهابا واختلاسا لا سرقة وروى عن سيدنا على رضى الله عنه أنه سئل عن المختلس والمنتهب فقال تلك الدعابة لا شىء فيها وروى عن النبى عليه الصلاة والسلام أنه قال لا قطع على نباش ولا منتهب ولا خائن ثم الاخذ على وجه الاستخفاء نوعان مباشرة وتسبب (أما) المباشرة فهو أن يتولى السارق أخذ المتاع واخراجه من الحرز بنفسه حتى لو دخل الحرز واخذ متاعا فحمله أو لم يحمله حتى ظهر عليه وهو فى الحرز قبل أن يخرجه فلا قطع عليه لان الاخذ اثبات اليد ولا يتم ذلك الا بالاخراج من الحرز ولم يوجد وان رمى به خارج الحرز ثم ظهر عليه قبل أن يخرج هو من الحرز فلا قطع عليه لان يده ليست بثابتة عليه عند الخروج من الحرز فان لم يظهر عليه حتى خرج وأخذ ما كان رمى به خارج الحرز يقطع وروى عن زفر رحمه الله أنه لا يقطع (وجه) قوله ان الاخذ من الحرز لا يتم الا بالاخراج منه والرمى ليس باخراج والاخذ من الخارج ليس أخذا من الحرز فلا يكون سرقة (ولنا) ان المال فى حكم يده ما لم تثبت عليه يد غيره فقد وجد منه الاخذ والاخراج من الحرز ولو رمى به الى صاحب له خارج الحرز فاخذه المرمى اليه فلا قطع على واحد منهما (أما) الخارج فلانه لم يوجد منه الاخذ من الحرز (وأما) الداخل فلانه لم يوجد منه الاخراج من الحرز لثبوت يد الخارج عليه ولو ناول صاحبا له مناولة من وراء الجدار ولم يخرج هو فلا قطع على واحد منهما عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما يقطع الداخل ولا يقطع الخارج اذا كان الخارج لم يدخل يده الى الحرز (وجه) قولهما ان الداخل لما ناول صاحبه فقد أقام يد صاحبه مقام يده فكانه خرج والمال فى يده (وجه) قوله على نحو ما ذكرنا فى المسئلة المتقدمة أنه لا سبيل الى ايجاب القطع على الخارج لانعدام فعل السرقة منه وهو الاخذ من الحرز ولا سبيل الى ايجابه على الداخل لانعدام ثبوت يده عليه حالة الخروج من الحرز لثبوت يد صاحبه بخلاف ما اذا رمى به الى السكة ثم خرج وأخذه لانه لما لم تثبت عليه يد غيره فهو فى حكم يده فكانه خرج به حقيقة وان كان الخارج ادخل يده فى الحرز فاخذه من يد الداخل فلا قطع على واحد منهما فى قول أبى حنيفة وقال

أبو يوسف أقطعهما جميعا (أما) عدم وجوب القطع على الداخل على أصل أبى حنيفة رحمه الله فلعدم الاخراج من الحرز بحققه أنه لو أخرج يده وناول صاحباً له لم يقطع فعند عدم الاخراج أولى والوجوب عليه على أصل أبى يوسف رحمه الله لما ذكرنا فى المسئلة المتقدمة (وأما) الكلام فى الخارج فمبنى على مسئلة أخرى وهى ان السارق اذا نقب منزلا وأدخل يده فيه وأخرج المتاع ولم يدخل فيه هل يقطع ذكر فى الاصل وفى الجامع الصغير أنه لا يقطع ولم يحك خلافا وقال أبو يوسف فى الاملاء أقطع ولا أبالى دخل الحرز أو لم يدخل وعلى هذا الخلاف اذا نقب ودخل وجمع المتاع عند النقب ثم خرج وأدخل يده فرفع (وجه) قوله ان الركن فى السرقة هو الاخذ من الحرز فاما الدخول فى الحرز فليس بركن ألا ترى أنه لو أدخل يده فى الصندوق أو فى الجوالق وأخرج المتاع يقطع وان لم يوجد الدخول ولهما ما روى عن سيدنا على رضى الله عنه أنه قال اذا كان اللص ظريفا لم يقطع قيل وكيف يكون ظريفا قال يدخل يده الى الدار و يمكنه دخولها ولم ينقل أنه أنكر عليه منكر فيكون اجماعا ولان هتك الحرز على سبيل الكمال شرط لان به تتكامل الجناية ولا يتكامل الهتك فيما يتصور فيه الدخول الا بالدخول ولم يوجد بخلاف الاخذ من الصندوق والجوالق لان هتكهما بالدخول متعذر فكان الاخذ بادخال اليد فيهما هتكا متكاملا فيقطع ولو أخرج السارق المتاع من بعض بيوت الدار الى الساحة لا يقطع ما لم يخرج من الدار لان الدار مع اختلاف بيوتها حرز واحد ألا ترى انه اذا قيل لصاحب الدار احفظ هذه الوديعة فى هذا البيت فحفظ فى بيت آخر فضاعت لم يضمن وكذا اذا أذن لانسان فى دخول الدار فدخلها فسرق من البيت لا يقطع وان لم يأذن له بدخول البيت دل ان الدار مع اختلاف بيوتها حرز واحد فلم يكن الاخراج الى صحن الدار اخراجا من الحرز بل هو نقل من بعض الحرز الى البعض بمنزلة النقل من زاوية الى زاوية أخرى هذا اذا كانت الدار مع بيوتها لرجل واحد فاما اذا كان كل منزل فيها لرجل فاخرج المتاع من البيت الى الساحة يقطع لان كل بيت حرز على حدة فكان الاخراج منه اخراجا من الحرز وكذلك اذا كان فى الدار حجر ومقاصير فسرق من مقصورة منها وخرج به الى صحن الدار قطع لان كل مقصورة منها حرز على حدة فكان الاخراج منها اخراجا من الحرز بمنزلة الدار المختلفة فى محلة واحدة ولو نقب رجلان ودخل أحدهما فاستخرج المتاع فلما خرج به الى السكة حملاه جميعا ينظر ان عرف الداخل منهما بعينه قطع لانه هو السارق لوجود الاخذ والاخراج منه و يعزر الخارج لانه أعانه على المعصية وهذه معصية ليس فيها حد مقدر فيعزر وان لم يعرف الداخل منهما لم يقطع واحد منهما لان من عليه القطع مجهول و يعزران أما الخارج فلما ذكرنا وأما الداخل فلارتكابه جناية لم يستوف فيها الحد لعذر فتعين التعزير ولو نقب بيت رجل ودخل عليه مكابرة ليلا حتى سرق منه متاعه يقطع لانه ان لم يوجد الاخذ على سبيل الاستخفاء من المالك فقد وجد من الناس لان الغوث لا يلحق بالليل لكونه وقت نوم وغفلة فتحققت السرقة والله تعالى أعلم وأما التسبب فهو ان يدخل جماعة من اللصوص منزل رجل و يأخذوا متاعا و يحملوه على ظهر واحد و يخرجوه من المنزل فالقياس ان لا يقطع الا الحامل خاصة وهو قول زفر وفى الاستحسان يقطعون جميعا (وجه) القياس ان ركن السرقة لا يتم الا بالاخراج من الحرز وذلك وجد منه مباشرة فاما غيره فمعين له والحد يجب على المباشر لا على المعين كحد الزنا والشرب (وجه) الاستحسان ان الاخراج حصل من الكل معنى لان الحامل لا يقدر على الاخراج الا باعانة الباقين وترصدهم للدفع فكان الاخراج من الكل من حيث المعنى ولهذا الحق المعين بالمباشر فى قطع الطريق وفى الغنيمة كذا هذا ولأن الحامل عامل لهم فكأنهم حملوا المتاع على حمار وساقوه حتى أخرجوه من الحرز ولان السارق لا يسرق وحده عادة بل مع أصحابه ومن عادة السراق انهم كلهم لا يشتغلون بالجمع والاخراج بل يرصد البعض فلو جعل ذلك مانعا من وجوب القطع لانسد باب القطع وانفتح باب السرقة وهذا لا يجوز ولهذا ألحقت الاعانة بالمباشرة فى باب قطع الطريق كذا هذا والله تعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما الشرائط فانواع بعضها يرجع الى السارق و بعضها يرجع الى المسروق و بعضها يرجع الى المسروق منه

و بعضها يرجع الى المسروق فيه وهو المكان أما مايرجع الى السارق فاهلية وجوب القطع وهى العقل والبلوغ فلا يقطع الصبي والمجنون لماروى عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال رفع القلم عن ثلاثة عن الصبي حتى يحتلم وعن المجنون حتى يفيق وعن النائم حتى يستيقظ أخبر عليه الصلاة والسلام ان القلم مرفوع عنهما وفى ايجاب القطع اجراء القلم عليهما وهذا خلاف النص ولان القطع عقوبة فيستدعى جناية وفعلهما لا يوصف بالجنايات ولهذا لم يجب عليهما سائر الحدود كذا هذا و يضمنان السرقة لان الجناية ليست بشرط لوجوب ضمان المال وان كان السارق يجن مدة و يفيق أخرى فان سرق فى حال جنونه لم يقطع وان سرق فى حال الافاقة يقطع ولو سرق جماعة فيهم صبي أو مجنون يدرأ عنهم القطع فى قول أبى حنيفة وزفر رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله ان كان الصبي والمجنون هو الذى تولى إخراج المتاع درئ عنهم جميعا وان كان وليه غيرهما قطعوا جميعا الا الصبي والمجنون (وجه) قوله ان الاخراج من الحرز هو الاصل فى السرقة والاعانة كالتابع فاذا وليه الصبي أو المجنون فقد أتى بالاصل فاذا لم يجب القطع بالاصل كيف يجب بالتابع فاذا وليه بالغ عاقل فقد حصل الاصل منه فسقوطه عن التبع لا يوجب سقوطه عن الاصل (وجه) قول أبى حنيفة وزفر رحمهما الله ان السرقة واحدة وقد حصلت ممن يجب عليه القطع وممن لا يجب عليه القطع فلا يجب القطع على أحد كالعامد مع الخاطئ اذا اشتركا فى القطع او فى القتل وقوله الاخراج أصل فى السرقة مسلم لكنه حصل من الكل معنى لاتحاد الكل فى معنى التعاون على ما بينا فيما تقدم فكان إخراج غير الصبي والمجنون كاخراج الصبي والمجنون ضرورة الاتحاد وعلى هذا الخلاف اذا كان فيهم ذو رحم محرم من المسروق منه انه لا قطع على أحد عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف يدرأ عن ذى الرحم المحرم و يجب على الاجنبي ولا خلاف فى انه اذا كان فيهم شريك المسروق منه انه لا قطع على أحد فاما الذكورة فليست بشرط لثبوت الاهلية فتقطع الانثى لقوله تعالى عز شأنه والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما وكذلك الحرية فيقطع العبد والامة والمدبر والمكاتب وأم الولد لعموم الآية الشريفة ويستوى الآبق وغيره لما قلنا وذكر فى الموطأ أن عبدا لعبد الله بن سيدنا عمر رضى الله عنهما سرق وهو آبق فبعث به عبد الله الى سعيد بن العاص رضى الله عنه ليقطع يده فأبى سعيد ان يقطع يده وقال لا تقطع يد الآبق اذا سرق فقال عبد الله فى أى كتاب الله تعالى عز شأنه وجدت هذا أن العبد الآبق اذا سرق لا تقطع يده فامر به عبد الله رضى الله عنه فقطعت يده ولان الذكورة والحرية ليست من شرائط سائر الحدود فكذا هذا الحد وكذا الاسلام ليس بشرط فيقطع المسلم والكافر لعموم آية السرقة

﴿فصل﴾ وأما ما يرجع الى المسروق فأنواع (منها) ان يكون مالا مطلقا لا قصور فى ماليته ولا شبهة وهو ان يكون مما يتموله الناس و يعدونه مالا لان ذلك يشعر بعزته وخطره عندهم ومالا يتمولونه فهو تافه حقير وقد روى عن سيدتنا عائشة رضى الله عنها انها قالت لم تكن اليد تقطع على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فى الشىء التافه وهذا منها بيان شرع متقرر ولان التفاهة تخل فى الحرز لان التافه لا يحرز عادة أولا يحرز احراز الخطر والحرز المطلق شرط على ما نذكر وكذا تخل فى الركن وهو الاخذ على سبيل الاستخفاء لان أخذ التافه مما لا يستخفى منه فيتمكن الخلل والشبهة فى الركن والشبهة فى باب الحدود ملحقة بالحقيقة و يخرج على هذا مسائل اذا سرق صبيا حرا لا يقطع لان الحر ليس بمال ولو سرق صبيا عبدا لا يتكلم ولا يعقل يقطع فى قول أبى حنيفة وروى عن أبى يوسف رحمه الله لا يقطع (ووجهه) ان العبد ليس بمال محض بل هو مال من وجه آدمى من وجه فكان محل السرقة من وجه دون وجه فلا تثبت المحلية بالشك فلا يقطع كالصبي العاقل (ولنا) انه مال من كل وجه لوجود معنى المالية فيه على الكمال ولا يد له على نفسه فيتحقق ركن السرقة كالبهيمة وكونه آدميا لا ينفى كونه مالا فهو آدمى من كل وجه ومال من كل وجه لعدم التنافى فيتعلق القطع بسرقته من حيث انه مال لا من حيث انه آدمى بخلاف العاقل لانه وان كان مالا من كل وجه لكنه فى يد نفسه فلا يتصور ثبوت يد غيره عليه للتنافى فلا يتحقق فيه ركن السرقة وهو الاخذ ولو سرق ميتة أو جلد ميتة لم يقطع لانعدام المال

ولا يقطع فى التبن والحشيش والقصب والحطب لان الناس لا يتمولون هذه الاشياء ولا يظنون بها العدم عزتها وقلة خطرها عندهم بل يعدون الظنة بها من باب الخساسة فكانت تافهة ولا قطع فى التراب والطين والجص واللبن والنورة والآجر والفخار والزجاج لتفاهتها فرق بين التراب و بين الخشب حيث سوى فى التراب بين المعمول منه وغير المعمول وفرق فى الخشب لان الصنعة فى الخشب أخرجته عن حد التفاهة والصنعة فى التراب لم تخرجه عن كونه تافهاً يعرف ذلك بالرجوع الى عرف الناس وعاداتهم ومن أصحابنا من فصل فى الجواب فى الزجاج بين المعمول وغير المعمول كما فى الخشب ومنهم من سوى بينهما وهو الصحيح لان الزجاج بالعمل لم يخرج عن حد التفاهة لانه يتسارع اليه الكسر بخلاف الخشب ولا يقطع فى الخشب الا اذا كان معمولا بان صنع منه أبوابا أو آنية ونحو ذلك ماخلا الساج والقنا والابنوس والصندل لان غير المصنوع من الخشب لا يتمول عادة فكان تافها وبالصنعة يخرج عن التفاهة فيتمول وأما الساج والابنوس والصندل فأموال لها عزة وخطر عند الناس فكانت أموالا مطلقة (وأما) العاج فقد ذكر محمد أنه لا يقطع الا فى المعمول منه وقيل هذا الجواب فى العاج الذى هو من عظم الجمل فلا يقطع الا فى المعمول منه لانه لا يتمول لتفاهته و يقطع فى المعمول لخروجه عن حد التفاهة بالصنعة كالخشب المعمول فاما ما هو من عظم الفيل فلا يقطع فيه أصلا سواء كان معمولاً أو غير معمول لان الفقهاء اختلفوا فى ماليته حتى حرم بعضهم بيعه والانتفاع به فاوجب ذلك قصوراً فى المالية ولا قطع فى قصب النشاب فان كان اتخذ منه نشابا قطع لما قلنا فى الخشب ولا قطع فى القرون معمولة كانت أو غير معمولة وقال أبو يوسف ان كانت معمولة وهى تساوى عشرة دراهم قطع قيل ان اختلاف الجواب لاختلاف الموضوع فموضوع المسئلة على قول أبى حنيفة رحمه الله فى قرون الميتة لأنها ليست بمال مطلق لاختلاف الفقهاء فى ماليتها وجواب أبى يوسف رحمه الله فى قرون المذكى فلم يوجب القطع فى غير المعمول منها لانها من أجزاء الحيوان وأوجب فى المعمول كما فى الخشب المعمول وعن محمد فى جلود السباع المدبوغة أنه لا قطع فيها فان جعلت مصلاة أو بساطا قطع لان غير المعمول منها من أجزاء الصيد ولا قطع فى الصيد فكذا فى أجزائه و بالصنعة صارت شيأً آخر فاشبه الخشب المصنوع وهذا يدل على أن محمداً لم يعتد بخلاف من يقول من الفقهاء ان جلود السباع لا تطهر بالذكاة ولا بالدباغ ولا قطع فى البوارى لانها تافهة لتفاهة أصلها وهو القصب ولا قطع فى سرقة كلب ولا فهد ولا فى سرقة الملاهى من الطبل والدف والمزمار ونحوها لان هذه الاشياء مما لا يتمول أو فى ماليتها قصور ألا ترى أنه لا ضمان على كاسر الملاهى عند أبى يوسف ومحمد ولا على قاتل الكلب والفهد عند بعض الفقهاء ولو سرق مصحفاً أو صحيفة فيها حديث أو عربية أو شعر فلا قطع وقال أبو يوسف يقطع اذا كان يساوى عشرة دراهم لان الناس يدخرونها و يعدونها من نفائس الأموال (ولنا) أن المصحف الكريم يدخر لا للتمول بل للقراءة والوقوف على ما يتعلق به مصلحة الدين والدنيا والعمل به وكذلك صحيفة الحديث وصحيفة العربية والشعر يقصد بها معرفة الامثال والحكم لا التمول (وأما) دفاتر الحساب ففيها القطع اذا بلغت قيمتها نصابا لان ما فيها لا يصلح مقصوداً بالاخذ فكان المقصود هو قدر البياض من الكاغد وكذلك الدفاتر البيض اذا بلغت نصابا لما قلنا وعلى هذا يخرج ما قال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله ان كل ما يوجد جنسه تافهاً مباحا فى دار الاسلام فلا قطع فيه لان كل ما كان كذلك فلا عزله ولا خطر فلا يتموله الناس فكان تافها والاعتماد على معنى التفاهة دون الاباحة لما نذكر ان شاء الله تعالى وعن أبى حنيفة أنه لا قطع فى عفص ولا اهليلج ولا اشنان ولا فحم لان هذه الاشياء مباحة الجنس فى دار الاسلام وهى تافهة و روى عن أبى يوسف أنه لا يقطع فى العفص والاهليلج والادوية اليابسة ولا قطع فى طير ولا صيد وحشيا كان أو غيره لان الطير لا يتمول عادة وقد روى عن سيدنا عثمان وسيدنا على رضى الله عنهما أنهما قالا لا قطع فى الطير ولم ينقل عن غيرهما خلاف ذلك فيكون اجماعاً وكذلك ما علم من الجوارح فصار صيودا فلا قطع على سراقه لانه وان علم فلا يعد مالا وعلى هذا يخرج

النباش أنه لا يقطع فيما أخذ من القبور فى قولهما وقال أبو يوسف يقطع (وجه) قوله أنه أخذ مالا من حرز مثله فيقطع كما لو أخذ من البيت ولهما ان الكفن ليس بمال لانه لا يتمول بحال لان الطباع السليمة تنفر عنه أشد النفار فكان تافها ولئن كان مالا ففى ماليته قصور لانه لا ينتفع به مثل ما ينتفع بلباس الحى والقصور فوق الشبهة ثم الشبهة تنفى وجوب الحد فالقصور أولى روى الزهرى انه قال أخذ نباش فى زمن مروان بالمدينة فاجمع أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وهم متوافرون أنه لا يقطع وعلى هذا يخرج سرقة ما لا يحتمل الادخار ولا يبقى من سنة الى سنة بل يتسارع اليه الفساد انه لا قطع فيه لان ما لا يحتمل الادخار لا يعد مالا فلا قطع فى سرقة الطعام الرطب والبقول والفواكه الرطبة فى قولهما وعند أبى يوسف يقطع (وجه) قوله انه مال منتفع به حقيقة مباح الانتفاع به شرعاً على الاطلاق فكان مالا فيقطع كما فى سائر الاموال ولهما ان هذه الاشياء مما لا يتمول عادة وان كانت صالحة للانتفاع بها فى الحال لانها لا تحتمل الادخار والامساك الى زمان حدوث الحوائج فى المستقبل فقل خطرها عند الناس فكانت تافهة ولو سرق تمراً من نخل أو شجر آخر معلقاً فيه فلا قطع عليه وان كان عليه حائط استوثقوا منه واحرزوه أو هناك حائط لان ما على رأس النخل لا يعد مالا ولانه مادام على رأس الشجر لا يستحكم جفافه فيتسارع اليه الفساد وقد روى عن النبى عليه الصلاة والسلام أنه قال لا قطع فى ثمر ولا كثر قال محمد الثمر ما كان فى الشجر والكثر الجمار فان كان قد جذ الثمر وجعله فى جرين ثم سرق فان كان قد استحكم جفافه قطع لانه صار مالا مطلقاً قابلا للادخار واليه أشار رسول الله صلى الله عليه وسلم حيث قال لا قطع فى ثمر ولا كثر حتى يؤويه الجرين فاذا آواه فبلغ ثمن المجن ففيه القطع لانه لا يؤويه الجرين ما لم يستحكم جفافه عادة فاذا استحكم جفافه لا يتسارع اليه الفساد فكان مالا مطلقا وكذلك الحنطة اذا كانت فى سنبلها فهى بمنزلة الثمر المعلق فى الشجر لان الحنطة مادامت فى السنبل لا تعد مالا ولا يستحكم جفافها أيضاً (وأما) الفاكهة اليابسة التى تبقى من سنة الى سنة فالصحيح من الرواية عن أبى حنيفة رحمه الله أنه يقطع فيها لتمول الناس اياها لقبولها الادخار فانعدم معنى التفاهة المانعة من وجوب القطع وروى عنه أنه سوى بين رطب الفاكهة ويابسها وليست بصحيحة ولو سرق من الحائط نخلة باصلها لا يقطع لان أصل النخلة مما لا يتمول فكان تافها وروينا عن النبى عليه الصلاة والسلام انه قال لا قطع فى ثمر ولا كثر وقيل فى تفسير الكثر انه النخل الصغار ويقطع فى الحناء والوسمة لانه لا يتسارع اليه الفساد فلم يختل معنى المالية ولا قطع فى اللحم الطرى والصفيق لانه يتسارع اليه الفساد وكذلك لا قطع فى السمك طريا كان أو مالحا لان الناس لا يعدونه مالا لتفاهته ولتسارع الفساد الى الطرى منه ولما انه يوجد جنسه مباحاً فى دار الاسلام ولا قطع فى اللبن لانه يتسارع اليه الفساد فكان تافهاً ويقطع فى الخل والدبس لعدم التفاهة ألا ترى أنه لا يتسارع اليهما الفساد ولا قطع فى عصير العنب ونقيع الزبيب ونبيذ التمر لانه يتسارع اليه الفساد فكان تافهاً كاللبن ولا قطع فى الطلاء وهو المثلث لانه مختلف فى اباحته وفى كونه مالا فكان قاصراً فى معنى المالية وكذلك المطبوخ أدنى طبخة من نقيع الزبيب ونبيذ التمر لاختلاف الفقهاء فى اباحة شربه وأما المطبوخ أدنى طبخة من عصير العنب فلا شك انه لا قطع فيه لانه حرام فلم يكن مالا ويقطع فى الذهب والفضة لانهما من أعز الاموال ولا تفاهة فيهما بوجه وكذلك الجواهر واللآلئ لما قلنا وبهذا تبين أن التعويل فى هذا الباب فى منع وجوب القطع على معنى التفاهة وعدم المالية لا على اباحة الجنس لان ذلك موجود فى الذهب والفضة والجواهر واللآلئ وغيرها ويقطع فى الحبوب كلها وفى الادهان والطيب كالعود والمسك وما أشبه ذلك لانعدام معنى التفاهة ويقطع فى الكتان والصوف والخز ونحو ذلك ويقطع فى جميع الاوانى من الصفر والحديد والنحاس والرصاص لما قلنا وكذلك لو سرق النحاس نفسه أو الحديد نفسه أو الرصاص لعزة هذه الاشياء وخطرها فى أنفسها كالذهب والفضة ومنها أن يكون متقوما مطلقا فلا يقطع فى سرقة الخمر من مسلم مسلما كان السارق أو ذمياً لانه لا قيمة للخمر فى حق المسلم وكذا الذمى اذا سرق من ذمى خمراً أو خنزيراً لا يقطع

لانه وان كان متقوما عندهم فليس بمتقوم عندنا فلم يكن متقوما على الاطلاق ولا يقطع فى المباح الذى ليس بمملوك وان كان مالا لانعدام تقومه والله تعالى أعلم ومنها أن يكون مملوكا فى نفسه فلا يقطع فى سائر المباحات التى لا يملكها أحد وان كانت من نفائس الاموال من الذهب والفضة والجواهر المستخرجة من معادنها لعدم المالك وعلى هذا أيضا يخرج النباش على أصل أبى حنيفة ومحمد أنه لا يقطع لان الكفن ليس بمملوك لانه لا يخلو اما أن يكون على ملك الميت واما ان يكون على ملك الورثة لا سبيل الى الاول لان الميت ليس من أهل الملك ولا وجه للثانى لان ملك الوارث مؤخر عن حاجة الميت الى الكفن كما هو مؤخر عن الدين والوصية فلم يكن مملوكا أصلا ومنها أن لا يكون للسارق فيه ملك ولا تأويل الملك أو شبهته لان المملوك أو ما فيه تأويل الملك أو الشبهة لا يحتاج فيه الى مسارقة الاعين فلا يتحقق ركن السرقة وهو الاخذ على سبيل الاستخفاء والاستسرار على الاطلاق ولان القطع عقوبة السرقة قال الله فى آية السرقة جزاء بما كسبا نكالا من الله فيستدعى كون الفعل جناية محضة وأخذ المملوك للسارق لا يقع جناية أصلا فالاخذ بتأويل الملك أو الشبهة لا يتمحض جناية فلا يوجب القطع اذا عرف هذا فنقول لا قطع على من سرق ما أعاره من انسان أو آجره منه لان ملك الرقبة قائم ولا على من سرق رهنه من بيت المرتهن لان ملك العين له وانما الثابت للمرتهن حق الحبس لا غير ولو كان الرهن فى يد العدل فسرقه المرتهن أو الراهن فلا قطع على واحد منهما أما الراهن فلما ذكرنا انه ملكه فلا يجب القطع بأخذه وان منع من الاخذ كما لا يجب الحد عليه بوطئه الجارية المرهونة وان منع من الوطء (وأما) المرتهن فلان يد العدل يده من وجه لان منفعة يده عائدة اليه لانه يمسكه لحقه فاشبه يد المودع ولا على من سرق مالا مشتركا بينه و بين المسروق منه لان المسروق ملكهما على الشيوع فكان بعض المأخوذ ملكه فلا يجب القطع بأخذه فلا يجب بأخذ الباقى لان السرقة سرقة واحدة ولا على من سرق من بيت المال الخمس لان له فيه ملكا وحقا ولو سرق من عبده المأذون فان لم يكن عليه دين فلا قطع لان كسبه خالص ملك المولى وان كان عليه دين محيط به و بما فى يده لا يقطع أيضا (أما) على أصلهما فظاهر لان كسبه ملك المولى وعلى أصل أبى حنيفة رحمه الله ان لم يكن ملكه فله فيه ضرب اختصاص يشبه الملك ألا ترى أنه يملك استخلاصه لنفسه بقضاء دينه من مال آخر فكان فى معنى الملك ولهذا لو كان الكسب جارية لم يجز له أن يتزوجها فيورث شبهة أو نقول اذا لم يملكه المولى ولا المأذون يملكه أيضا لانه عبد مملوك لا يقدر على شىء والغرماء لا يملكون أيضا فهذا مال مملوك لا مالك له معين فلا يجب القطع بسرقته كمال بيت المال وكمال الغنيمة ولو سرق من مكاتبه لم يقطع لان كسب مكاتبه ملكه من وجه أو فيه شبهة الملك له ألا ترى أنه لو كان جارية لا يحل له أن يتزوجها والملك من وجه أو شبهة الملك يمنع وجوب القطع مع ما أن هذا ملك موقوف على المكاتب وعلى مولاه فى الحقيقة لانه ان ادى تبين انه كان ملك المولى فتبين انه أخذ مال نفسه وان عجز فرد فى الرق تبين انه كان ملك المكاتب فكان الملك موقوفا للحال فيوجب شبهة فلا يجب القطع كاحد المتبايعين اذا سرق ما شرط فيه الخيار ولا قطع على من سرق من ولده لان له فى مال ولده تأويل الملك أو شبهة الملك لقوله عليه الصلاة والسلام أنت ومالك لابيك فظاهر الاضافة اليه بلام التمليك يقتضى ثبوت الملك له من كل وجه الا انه لم يثبت لدليل ولا دليل فى الملك من وجه فيثبت أو يثبت لشبهة الملك وكل ذلك يمنع وجوب القطع لانه يورث شبهة فى وجوبه (وأما) السرقة من سائر ذى الرحم المحرم فلا توجب القطع أيضا لكن لفقد شرط آخر نذكره فى موضعه ان شاء الله تعالى ولو دخل لص دار رجل فأخذ ثوبا فشقه فى الدار نصفين ثم أخرجه وهو يساوى عشرة دراهم مشقوقا يقطع فى قولهما وقال أبو يوسف رحمه الله لا يقطع ولو أخذ شاة فذبحها ثم أخرجها مذبوحة لا يقطع بالاجماع (وجه) قوله أن السارق وجد منه سبب ثبوت الملك قبل الاخراج وهو الشق لان ذلك سبب لوجوب الضمان ووجوب الضمان يوجب ملك المضمون من وقت وجود السبب على أصل أصحابنا وذلك يمنع وجوب القطع ولهذا لم يقطع اذا كان المسروق شاة فذبحها ثم أخرجها كذا هذا ولهما أن السرقة تمت فى ملك

المسروق

المسروق منه فيوجب القطع وانما قلنا ذلك لان الثوب المشقوق لا يزول عن ملكه مادام مختار العين وانما يزول عند اختيار الضمان فقبل الاختيار كان الثوب على ملكه فصار سارقا ثوبين قيمتهما عشرة دراهم فيقطع وهكذا نقول فى الشاة أن السرقة تمت فى ملك المسروق منه الا انها تمت فى اللحم ولا قطع فى اللحم وقوله وجب الضمان عليه بالشق قلنا قبل الاختيار ممنوع فاذا اختار تضمين السارق وسلم الثوب اليه لا يقطع لانه عند اختيار الضمان ملكه من حين وجود الشق فتبين أنه أخرج ملك نفسه عن الحرز فلا قطع عليه وحكى عن الفقيه أبى جعفر الهندوانى رحمه الله أنه قال موضوع المسئلة أنه شق الثوب عرضا فاما لو شقه طولا فلا قطع لانه بالشق طولا خرقه خرقا متفاحشا فيملكه بالضمان وذكر ابن سماعة أن السارق اذا خرق الثوب تخريقا مستهلكا وقيمته بعد تخريقه عشرة أنه لا قطع عليه فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وهذا يؤيد قول الفقيه أبى جعفر الهندوانى رحمه الله لان التخريق اذا وقع استهلاكا أوجب استقرار الضمان وذلك يوجب ملك المضمون واذا لم يقع استهلاكا كان وجوب الضمان فيه موقوفا على اختيار المالك فلا يجب قبل الاختيار فلا يملك المضمون والله تعالى أعلم وعلى هذا يخرج ما اذا سرق عشرة دراهم من غريم له عليه عشرة انه لا يقطع لانه ملك المأخوذ بنفس الاخذ فصار قصاصا بحقه فلم يبق فى حق هذا المال سارقا فلا يقطع ولو كان المسروق من خلاف جنس حقه يقطع لانه لا يملكه بنفس الاخذ بل بالاستبدال والبيع فكان سارقا ملك غيره فيقطع كالاجنبى الا اذا قال أخذته لاجل حقى على ما نذكر وههنا جنس من المسائل يمكن تخريجها الى أصل آخر هو أولى بالتخريج عليه وسنذكره ان شاء الله تعالى بعد منها أن يكون معصوما ليس للسارق فيه حق الاخذ ولا تأويل الاخذ ولا شبهة التناول لان القطع عقوبة محضة فيستدعى جناية محضة وأخذ غير المعصوم لا يكون جناية أصلا وما فيه تأويل التناول أو شبهة التناول لا يكون جناية محضة فلا تناسبه العقوبة المحضة ولان ما ليس بمعصوم يؤخذ مجاهرة لا مخافتة فيتمكن الخلل فى ركن السرقة واذا عرف هذا فنقول لا قطع فى سائر المباحات التى لا يملكها أحد ولا فى المباح المملوك وهو مال الحربى فى دار الحرب (وأما) مال الحربى المستأمن فى دار الاسلام فلا قطع فيه استحسانا والقياس أن يقطع (وجه) القياس انه سرق مالا معصوما لان الحربى استفاد العصمة بالامان بمنزلة الذمى ولهذا كان مضمونا بالاتلاف كمال الذمى (وجه) الاستحسان أن هذا مال فيه شبهة الاباحة لان الحربى المستأمن من أهل دار الحرب وانما دخل دار الاسلام ليقضى بعض حوائجه ثم يعود عن قريب فكونه من أهل دار الحرب يورث شبهة الاباحة فى ماله ولهذا اورث شبهة الاباحة فى دمه حتى لا يقتل به المؤمن قصاصا ولانه كان مباحا وانما تثبت العصمة بعارض أمان هو على شرف الزوال فعند الزوال يظهر أن العصمة لم تكن على الاصل المعهود ان كل عارض على أصل اذا زال يلحق بالعدم من الاصل كانه لم يكن فيجعل كان العصمة لم تكن ثابتة بخلاف الذمى لانه من أهل دار الاسلام وقد استفاد العصمة بامان مؤبد فكان معصوم الدم والمال عصمة مطلقة ليس فيها شبهة الاباحة و بخلاف ضمان المال لان الشبهة لا تمنع وجوب ضمان المال لانه حق العبد وحقوق العباد لا تسقط بالشبهات وكذا لا قطع على الحربى المستأمن فى سرقة مال المسلم أو الذمى عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله لانه أخذه على اعتقاد الاباحة ولذا لم يلتزم أحكام الاسلام وعند أبى يوسف يقطع والخلاف فيه كالخلاف فى حد الزنا ولا يقطع العادل فى سرقة مال الباغى لان ماله ليس بمعصوم فى حقه كنفسه ولا الباغى فى سرقة مال العادل لانه أخذه عن تأويل وتأويله وان كان فاسدا لكن التأويل الفاسد عند انضمام المنعة اليه ملحق بالتأويل الصحيح فى منع وجوب القطع ولهذا الحق به فى حق منع وجوب القصاص والحد والله تعالى أعلم وعلى هذا تخرج السرقة من الغريم وجملة الكلام فيه ان الامر لا يخلو اما ان كان سرق منه من جنس حقه واما ان كان سرق منه خلاف جنس حقه فان سرق جنس حقه بان سرق منه عشرة دراهم وله عليه عشرة فان كان دينه عليه حالا لا يقطع لان الاخذ مباح له لانه ظفر بجنس حقه ومن له الحق اذا ظفر بجنس حقه يباح له أخذه واذا أخذه يصير مستوفيا حقه وكذلك اذا سرق منه أكثر من مقدار حقه لان

بعض المأخوذ حقه على الشيوع ولا قطع فيه فكذا فى الباقى كما اذا سرق مالا مشتركا وان كان دينه مؤجلا فالقياس أن يقطع وفى الاستحسان لا يقطع (وجه) القياس ان الدين اذا كان مؤجلا فليس له حق الاخذ قبل حلول الاجل ألا ترى ان للغريم ان يسترده منه فصار كما لو سرقه أجنبي (وجـه) الاستحسان ان حق الاخذ ان لم يثبت قبل حل الاجل فسبب ثبوت حق الاخذ قائم وهو الدين لان تأثير التأجيل فى تأخير المطالبة لا فى سقوط الدين فقيام سبب ثبوته يورث الشبهة وان سرق خلاف جنس حقه بان كان عليه دراهم فسرق منه دنانير او عروضا قطع هكذا أطلق الكرخى رحمه الله وذكر فى كتاب السرقة انه اذا سرق العروض ثم قال أخذت لاجل حقى لا يقطع فيحمل مطلق قول الكرخى على المطلق وهو ما اذا سرق ولم يقل أخذت لاجل حقى لانه اذا لم يقل فقد أخذ مالا ليس له حق أخذه ألا ترى أنه لا يصير قصاصا الا بالاستبدال والتراضى ولم يتأول الاخذ أيضا فكان أخذه بغير حق ولا شبهة حق وهذا يدل على انه لا يعيد بخلاف قول من يقول من الفقهاء ان لصاحب الحق اذا ظفر بخلاف جنس حقه أن يأخذه لانه قول لم يقل به أحد من السلف فلا يعتبر خلافا مؤذنا للشبهة واذا قال أخذت لاجل حقى فقد أخذه متأولا لانه اعتبر المعـنى وهى المالية لا الصورة والاموال كلها فى معنى المالية متجانسـة فكان أخذا عن تأويل فلا يقطع ولو أخذ صنفا من الدراهم أجود من حقه أو أردأ لم يقطع لان المأخوذ من جنس حقه من حيث الاصل وانما خالفه من حيث الوصف ألا يرى أنه لو رضى به يصير مستوفيا حقه ولا يكون مستبدلا حتى يجوز فى الصرف والسلم مع أن الاستبدال ببدل الصرف والسلم لا يجوز واذا كان المأخوذ من جنس حقه من حيث الاصل تثبت شبهة حق الاخذ فيلحق بالحقيقة فى باب الحد كما فى الدين المؤجل ولو سرق حليا من فضة وعليه دراهم أو حلياً من ذهب وعليه دنانير يقطع لان هـذا لا يصير قصاصاً من حقه الا بالمراضاة و يكون ذلك بيعا واستبدالا فأشـبه العروض وان كان السارق قد استهلك العروض أو الحلى ووجبت عليه قيمته وهو مثل الذى عليه من العـين فان هذا يقطع أيضاً لان المقاصد انما تقع بعـد الاستهلاك فلا يوجب سوى القطع ولو سرق مكاتب أو عبد من غريم مولاه يقطع لانه ليس له حق قبض دين المولى من غـير أمره فصار كالاجنبي حتى لو كان المولى وكله بقبض الدين لا يقطع لثبوت حق القبض له بالوكالة فصار كصاحب الدين ولو سرق من غريم مكاتبه أو من غريم عبده المأذون فان لم يكن على العبـد دين لم يقطع لان ذلك ملك مولاه فكان له حق أخذه وان كان عليـه دين قطع لانه ليس له حق القبض فصار كالاجنبي ولو سرق من غريم ابيـه أو ولده يقطع لانه لا حق له فيه ولا فى قبضه الا اذا كان غريم ولده الصغير فلا يقطع لان حق القبض له كما فى دين نفسـه والله تعالى أعلم وعلى هذا أيضا يخرج سرقة المصحف على أصل أبى حنيفة انه لا قطع فيه لان له تأويل الاخذ اذ الناس لا يضنون ببذل المصاحف الشريفة لقراءة القرآن العظيم عادة فآخذه الآخـذ متأولا وكذلك سرقة البربط والطبل والمزمار وجميع آلات الملاهى لان آخذها يتأول انه يأخذها منع المالك عن المعصية ونهيـه عن المنكر وذلك مأمور به شرعا وكذلك سرقة شطرنج ذهب أو فضـة لما قلنا وكذلك سرقة صليب أو صنم من فضة من حرز لانه يتأول انه أخـذه للكسر (وأما) الدراهم التى عليها التماثيل فيقطع فيها لانها لا تعبد عادة فلا تأويل له فى الاخذ للمنع من العبـادة فيقطع وعلى هذا يخرج ما اذا قطع سارق فى مال ثم سرقه منـه سارق آخر انه لا يقطع لان المسروق ليس بمعصوم فى حق المسروق منه ولا متقوم فى حقه لسقوط عصمته وتقومه فى حقه بالقطع ولان كون يد المسروق منه يدا صحيحة شرط وجوب القطع و يد السارق ليست يدا صحيحة لما نذكره ان شاء الله تعالى ولو سرق مالا فقطع فيه فرده الى المـالك ثم عاد فسرقه منـه ثانيا فجملة الكلام فيـه ان المردود لا يخلو اما ان كان على حاله لم يتغير واما ان أحدث المـالك فيـه ما يوجب تغـيره فان كان على حاله لم يقطع استحسانا والقيـاس ان يقطع وهو رواية الحسـن عن أبى يوسف و به أخذ الشـافعى رحمهم الله (أما) الكلام مع الشـافعى رحمـه الله فمبنى على ان العصمة الثابتة للمسروق حقا للعبد قد سقطت عند السرقة الاولى لضرورة وجوب القطع على أصلنا وعلى أصله لم تسقط بل بقيت على ما كانت وسنذكر

تقريرهذا الاصل فى موضعه ان شاء الله تعالى (وأما) الكلام مع أبى يوسف (وجه) ماوى أن المحل وان سقطت قيمته الثابتة حقا للمالكية فى السرقة الاولى فقد عادت بالرد الى المالك ألاترى انها عادت فى حق الضمان حتى لوأتلفه السارق يضمن فكذا فى حق القطع (ولنا) أن العصمة وان عادت بالرد لكن مع شبهة العدم لان السقوط لضرورة وجوب القطع وأثر القطع قائم بعد الرد فيورث شبهة فى العصمة ولانه سقط تقوم المسروق فى حق السارق بالقطع فى السرقة الاولى ألاترى أنه لوأتلفه لا يضمن وأثر القطع بعد الرد قائم فيورث شبهة عدم التقوم فى حقه فيمنع وجوب القطع ولا يمنع وجوب الضمان لان الضمان لا يسقط بالشبهة لما بينا هذا اذا كان المردود على حاله لم يتغير (فاما) اذا احدث المالك فيه حدثا يوجب تغيره عن حاله ثم سرقه السارق الاول فالاصل فيه أنه لوفعل فيه مالوفعله الغاصب فى المغصوب لاوجب انقطاع حق المالك يقطع والا فلا لانه اذا فعل ذلك فقد تبدلت العين وتصير فى حكم عين اخرى واذا لم يفعل لم تتبدل وعلى هذا يخرج ما اذا سرق غزلا فقطع فيه ورد الى المالك فنسجه ثوبا فعاد فسرقه أنه يقطع لان المسروق قد تبدل ألاترى أنه لوكان مغصوبا لا يقطع حق المالك ولوسرق ثوب خز فقطع فيه ورد الى المالك فنقضه فسرق النقض لم يقطع لان العين لم تتبدل ألاترى أنه لوفعله الغاصب لا ينقطع حق المالك ولو نقضه المالك ثم غزله غزلا ثم سرقه السارق لم يقطع لان هذا لو وجد من الغاصب لا ينقطع حق المغصوب منه فيدل على تبدل العين ولو سرق بقرة فقطع فيها ورد ها على المالك فولدت ولدا ثم سرق الولد يقطع لان الولد عين اخرى لم يقطع فيها فيقطع بسرقتها وعلى هذا يخرج جنس هذه المسائل والله سبحانه وتعالى أعلم (ومنها) أن يكون محرزا مطلقا خاليا عن شبهة العدم مقصودا بالحرز والاصل فى اعتبار شرط الحرز مار وى فى الموطأ عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال لاقطع فى ثمر معلق ولا فى حريسة جبل فاذا أواه المراح أو الجرين فالقطع فيما بلغ ثمن المجن وروى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال لاقطع فى ثمر ولا كثر حتى يؤيه الجرين فاذا أواه الجرين ففيه القطع علق عليه الصلاة والسلام القطع بايواء المراح والمراح حرز الابل والبقر والغنم والجرين حرز الثمر فدل أن الحرز شرط ولان ركن السرقة هو الاخذ على سبيل الاستخفاء والاخذ من غير حرز لا يحتاج الى الاستخفاء فلا يتحقق ركن السرقة ولان القطع وجب لصيانة الاموال على أربابها قطعا لاطماع السراق عن أموال الناس والاطماع انما تميل الى ماله خطر فى القلوب وغير المحرز لاخطر له فى القلوب عادة فلا تميل الاطماع اليه فلا حاجة الى الصيانة بالقطع وبهذا لم يقطع فيما دون النصاب وماليس بمال متقوم محتمل الادخار ثم الحرز نوعان حرز بنفسه وحرز بغيره (أما) الحرز بنفسه فهو كل بقعة معدة للاحراز ممنوعة الدخول فيها الا بالاذن كالدور والحوانيت والخيم والفساطيط والخزائن والصناديق (وأما) الحرز بغيره فكل مكان غير معد للاحراز يدخل اليه بلا اذن ولا يمنع منه كالمساجد والطرق وحكمه حكم الصحراء ان لم يكن هناك حافظ وان كان هناك حافظ فهو حرز لهذا سمى حرزا بغيره حيث وقف صيرورته حرزا على وجود غيره وهو الحافظ وما كان حرزا بنفسه لا يشترط فيه وجود الحافظ لصيرورته حرزا ولو وجد فلا عبرة بوجوده بل وجوده والعدم سواء وكل واحد من الحرزين معتبر بنفسه على حياله بدون صاحبه لانه عليه الصلاة والسلام علق القطع بايواء المراح والجرين من غير شرط وجود الحافظ وروى ان صفوان رضى الله عنه كان نائما فى المسجد متوسدا ردائه فسرقه سارق من تحت رأسه فقطعه رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يعتبر الحرز بنفسه فدل ان كل واحد من نوعى الحرز معتبر بنفسه فاذا سرق من النوع الاول يقطع سواء كان ثمة حافظ أولى لوجود الاخذ من الحرز وسواء كان مغلق الباب أولا باب له بعد أن كان محجوزا بالبناء لان البناء يقصد به الاحراز كيف ما كان واذا سرق من النوع الثانى يقطع اذا كان الحافظ قريبا منه فى مكان يمكنه حفظه ويحفظ فى مثله المسروق عادة وسواء كان الحافظ مستيقظا فى ذلك المكان أونائما لان الانسان يقصد الحفظ فى الحالين جميعا ولا يمكن الاخذ الا بفعله ألاترى انه عليه الصلاة والسلام قطع سارق صفوان وصفوان كان نائما ولوأذن لانسان بالدخول فى داره فسرق المأذون له بالدخول شيأ منها لم يقطع

وان كان فيها حافظ أو كان صاحب المنزل نائماً عليه لان الدار حرز بنفسها لا بالحافظ وقد خرجت من أن تكون
حرزا بالاذن فلا يعتبر وجود الحافظ ولانه لما أذن له بالدخول فقد صار فى حكم أهل الدار فاذا أخذ شيأ فهو خائن
وقد روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لا قطع على خائن وكذلك لو سرق من بعض بيوت الدار المأذون
فى دخولها وهو مقفل أو من صندوق فى الدار أو من صندوق فى بعض البيوت وهو مقفل عليه اذا كان البيت من جملة
الدار المأذون فى دخولها لان الدار الواحدة حرز واحد وقد خرجت بالاذن له من أن تكون حرزا فى حقه فكذلك
بيوتها وماروى ان أسود بات عند سيدنا أبى بكر الصديق رضى الله عنه فسرق حليالهم فيحتمل أن يكون مسروقا من
دار النساء لا من دار الرجال والداران المختلفان اذا أذن بالدخول فى احداهما لا تصير الاخرى مأذونا بالدخول فيها
والمحتمل لا يكون حجة وروى عن أبى يوسف أنه قال فى رجل كان فى حمام أو خان وثيابه تحت رأسه فسرقها سارق
انه لا قطع عليه سواء كان نائما أو يقظانا وان كان فى صحراء وثوبه تحت رأسه قطع وكذلك روى عن محمد فى رجل
سرق من رجل وهو معه فى الحمام أو سرق من رجل وهو معه فى سفينة أو نزل قوم فى خان فسرق بعضهم من بعض انه
لا قطع على السارق وكذلك الحانوت لان الحمام والخان والحانوت كل واحد حرز بنفسه فاذا أذن للناس فى دخوله
خرج من أن يكون حرزا فلا يعتبر فيه الحافظ فلا يصير حرزا بالحافظ ولهذا قالوا اذا سرق من الحمام ليلا يقطع لان
الناس لم يؤذنوا بالدخول فيه ليلا فأما الصحراء أو المسجد وان كان مأذون الدخول اليه فليس حرزا بنفسه بل بالحافظ
ولم يوجد الاذن من الحافظ فلا يبطل معنى الحرز فيه وقالوا فى السارق من المسجد اذا كان ثمة حافظ يقطع وان لم يخرج
من المسجد لان المسجد ليس بحرز بنفسه بل بالحافظ فكانت البقعة التى فيها الحافظ هى الحرز لا كل المسجد فاذا
انفصل منها فقد انفصل من الحرز فيقطع (فأما) الدار فانما صارت حرزا بالبناء فما لم يخرج منها لم يوجد الانفصال
من الحرز وروى عن محمد فى رجل سرق فى السوق من حانوت فتخرب الحانوت وقعد للبيع وأذن للناس بالدخول
فيه انه لم يقطع وكذلك لو سرق منه وهو مغلق على شئ لم يقطع لانه لما أذن للناس بالدخول فيه فقد أخرج الحانوت من
أن يكون حرزا فى حقهم وكذلك ان أخذ من بيت قبة أو صندوق فيه مقفل لان الحانوت كله حرز واحد كالدار على
مامر وروى عن أبى يوسف رحمه الله انه قال فى رجل بأرض فلاة ومعه جوالق وضعه ونام عنده يحفظه فسرق منه
رجل شيأ أو سرق الجوالق فانى اقطعه لان الجوالق بما فيها محرز بالحافظ فيستوى أخذ جميعه وأخذ بعضه وكذلك
اذا سرق فسطاطا ملفوفا قد وضعه ونام عنده يحفظه انه يقطع وان كان مضروبا لم يقطع لانه اذا كان ملفوفا كان محرزا
بالحافظ كالباب المقلوع اذا كان فى الدار فسرقه سارق واذا كان الفسطاط مضروبا كان حرزا بنفسه فاذا سرقه فقد
سرق نفس الحرز ونفس الحرز ليس فى الحرز فلا يقطع كسارق باب الدار ولو كان الجوالق على ظهر دابة فشق الجوالق
وأخرج المتاع يقطع لان الجوالق حرز لما فيه وان أخذ الجوالق كما هو لم يقطع لانه أخذ نفس الحرز وكذلك اذا سرق
الجمل مع الجوالق لان الحمل لا يوضع على الجمل للحفظ بل للحمل لان الجمل ليس بمحرز وان ركبه صاحبه فلم يكن الجمل
حرزا للجوالق فاذا أخذ الجوالق فقد أخذ نفس الحرز ولو سرق من المراعى بعيرا أو بقرة أو شاة لم يقطع سواء كان
الراعى معها أو لم يكن وان سرق من العطن أو المراح الذى يأوى اليه يقطع اذا كان معها حافظ أو ليس معها حافظ غير ان
الباب مغلق فكسر الباب ثم دخل فسرق بقرة قادها قوداً حتى أخرجها أو ساقها سوقا حتى أخرجها أو ركبها حتى
أخرجها لان المراعى ليست بحرز للمواشى وان كان الراعى معها لان الحفظ لا يكون مقصوداً من الرعى وان كان قد
يحصل به لان المواشى لا تجعل فى مراعيها للحفظ بل للرعى فلم يوجد الاخذ من حرز بخلاف العطن أو المراح فان ذلك
يقصد به الحفظ ووضع له فكان حرزاً وقال عليه الصلاة والسلام فى حريسة الجبل غرامة مثليها وجلدات نكالا فاذا
أواها المراح وبلغت قيمتها ثمن المجن ففيها القطع والله تعالى أعلم ولا يقطع عبد فى سرقة من مولاه مكاتبا كان العبد أو
مدبراً أو تاجراً عليه دين أو أم ولد سرقت من مال مولاها لان هؤلاء مأذونون بالدخول فى بيوت ساداتهم للخدمة فلم

يكن

يكن بيت مولاهم حرزا فى حقهم وذكر فى الموطأ ان عبدالله بن سيدنا عمر والحضرمى جاآ الى عمر رضى الله عنه بعبدله
فقال اقطع هذا فانه سرق فقال وما سرق قال مرآة لامرأتى ثمنها ستون درهما فقال سيدنا عمر رضى الله عنه أرسله ليس
عليه قطع خادمكم سرق متاعكم ولم ينقل انه أنكر عليه منكر فيكون اجماعا ولا قطع على خادم قوم سرق متاعهم ولا على
ضيف سرق متاع من أضافه ولا على أجير سرق من موضع أذن له فى دخوله لان الاذن بالدخول أخرج الموضع من أن
يكون حرزا فى حقه وكذا الاجير اذا أخذ المتاع المأذون له فى أخذه من موضع لم يأذن له بالدخول فيه لم يقطع لان الاذن
بأخذ المتاع يورث شبهة الدخول فى الحرز ولان الاذن بالاخذ فوق الاذن بالدخول وذا يمنع القطع فهذا أولى ولو سرق
المستأجر من المؤاجر وكل واحد منهما فى منزل على حدة يقطع بلا خلاف لانه لا شبهة فى الحرز وأما المؤاجر اذا سرق
من المستأجر فكذلك يقطع فى قول أبى حنيفة عليه الرحمة وعندهما لا يقطع (وجه) قولهما أن الحرز ملك السارق
فيورث شبهة فى درء الحد لانه يورث شبهة فى اباحة الدخول فيختل الحرز فلا قطع (وجه) قول أبى حنيفة أن معنى
الحرز لا تعلق له بالملك اذ هو اسم لمكان معد للاحراز يمنع من الدخول فيه الا بالاذن وقد وجد لان المؤاجر ممنوع عن
الدخول فى المنزل المستأجر من غير اذن فاشبه الاجنبى ولا قطع على من سرق من ذى رحم محرم عندنا سواء كان
بينهما ولاد او لا وقال الشافعى فى الوالدين والمولودين كذلك فاما فى غيرهم فيقطع وهو على اختلاف العتق والنفقة وقد
ذكرنا المسئلة فى كتاب العتاق والصحيح قولنا لان كل واحد منهما يدخل فى منزل صاحبه بغير اذن عادة وذلك دلالة
الاذن من صاحبه فاختل معنى الحرز ولان القطع بسبب السرقة فعل يفضى الى قطع الرحم وذلك حرام والمفضى الى
الحرام حرام ولو سرق جماعة فيهم ذو رحم محرم من المسروق لا يقطع واحد منهم عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف
لا يقطع ذو الرحم المحرم ويقطع سواه والكلام على نحو الكلام فيما تقدم فيما اذا كان فيهم صبى أو مجنون وقد ذكرناه
فيما تقدم ولو سرق من ذى رحم غير محرم يقطع بالاجماع لان المباسطة بالدخول من غير استئذان غير ثابتة فى هذه
القرابة عادة وكذا هذه القرابة لا تجب صيانتها عن القطيعة ولهذا لم يجب فى العتق والنفقة وغير ذلك ولو سرق من ذى
محرم لا رحم له بسبب الرضاع فقد قال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله يقطع الذى سرق ممن يحرم عليه من الرضاع كائنا من
كان وقال أبو يوسف اذا سرق من أمه من الرضاع لا يقطع (وجه) قوله أن المباسطة بينهما فى الدخول ثابتة عرفا
وعادة فان الانسان يدخل فى منزل أمه من الرضاع من غير اذن كما يدخل فى منزل أمه من النسب بخلاف الاخت من
الرضاع ولهما أن الثابت بالرضاع ليس الا الحرمة المؤبدة وانها لا تمنع وجوب القطع كما لو سرق من أم موطوءته ولهذا
يقطع فى الاخت من الرضاع ولو سرق من امرأة أبيه أو من زوج أمه أو من حليلة ابنه أو من ابن امرأته أو بنتها أو أمها
ينظر ان سرق مالهم من منزل من يضاف السارق اليه من أبيه وأمه وابنه وامرأته لا يقطع بلا خلاف لانه مأذون
بالدخول فى منزل هؤلاء فلم يكن المنزل حرزا فى حقه وان سرق من منزل آخر فان كانا فيه لم يقطع بالاجماع وان كان لكل
واحد منهما منزل على حدة اختلف فيه قال أبو حنيفة عليه الرحمة لا يقطع وقال أبو يوسف يقطع اذا سرق من غير منزل
السارق أو منزل أبيه أو ابنه وذكر القاضى فى شرح مختصر الطحاوى قول محمد مع قول أبى يوسف رحمهم الله (وجه)
قولهما أن المانع هو القرابة ولا قرابة بين السارق وبين المسروق بل كل واحد منهما اجنبى عن صاحبه فلا يمنع وجوب
القطع كما لو سرق من أجنبى آخر (وجه) قول أبى حنيفة أن فى الحرز شبهة لان حق التزاور ثابت بينه وبين قريبه لان
كون المنزل لغير قريبه لا يقطع التزاور وهذا يورث شبهة اباحة الدخول للزيارة فيختل معنى الحرز ولا قطع
على أحد الزوجين اذا سرق من مال صاحبه سواء سرق من البيت الذى هما فيه أو من بيت آخر لان كل واحد منهما
يدخل فى منزل صاحبه وينتفع بماله عادة وذلك يوجب خللا فى الحرز وفى الملك أيضا وهذا عندنا وقال الشافعى
رحمه الله اذا سرق من البيت الذى هما فيه لا يقطع وان سرق من بيت آخر يقطع والمسئلة مرت فى كتاب الشهادة
وكذلك لو سرق أحد الزوجين من عبد صاحبه أو أمته أو مكاتبه أو سرق عبد أحدهما أو أمته أو مكاتبه من صاحبه

أوسرق خادم أحدهما من صاحبه لا يقطع لانه مأذون في الدخول في الحرز ولو سرقت امرأة من زوجها أوسرق رجل من امرأته ثم طلقها قبل الدخول بها فبانت بغير عدة لم يقطع واحد منهما لان الاخذ حين وجوده لم ينعقد موجبا للقطع لقيام الزوجية فلا ينعقد عند الابانة لان الابانة طارئة والاصل أن لا يعتبر الطارئ مقارنا في الحكم لما فيه من مخالفة الحقيقة الا اذا كان في الاعتبار اسقاط الحد وفت الاعتبار وفي الاعتبار ههنا ايجاب الحد فلا يعتبر ولو سرق من مطلقته وهي في العدة أوسرقت مطلقته وهي في العدة لم يقطع واحد منهما سواء كان الطلاق رجعيا أو بائنا أو ثلاثا لان النكاح في حال قيام العدة قائم من وجه أو أثره قائم وهو العدة وقيام النكاح من كل وجه يمنع القطع فقيامه من وجه أوقيام أثره يورث شبهة ولو سرق رجل من امرأة أجنبية ثم تزوجها فهذا لا يخلو من أحد وجهين (اما) ان تزوجها قبل أن يقضى عليه بالقطع واما ان تزوجها بعد ما قضى عليه بالقطع فان تزوجها قبل أن يقضى عليه بالقطع لم يقطع بلا خلاف لان هذا مانع طرأ على الحد والمانع الطارئ في الحد كالمقارن لان الحدود تدرأ بالشبهات فيصير طريان الزوجية شبهة مانعة من القطع كقرانها وان تزوجها بعد ما قضى بالقطع لم يقطع عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف يقطع (وجه) قوله ان الزوجية القائمة عند السرقة انما تمنع وجوب القطع باعتبار الشبهة وهي شبهة عدم الحرز أوشبهة الملك فالطارئة لو اعتبرت مانعة لكان ذلك اعتبار الشبهة وانها ساقطة في باب الحدود (وجه) قول أبي حنيفة ان الامضاء في باب الحدود من القضاء فكانت الشبهة المعترضة على الامضاء كالمعترضة على القضاء ألا ترى انه لو قذف رجلا بالزنا وقضى عليه بالحد ثم ان المقذوف زنى قبل اقامة الحد على القاذف سقط الحد عن القاذف وجعل الزنا المعترض على الحد كالموجود عند القذف ليعلم ان الطارئ على الحدود قبل الامضاء بمنزلة الموجود قبل القضاء والله تعالى أعلم وذكر في الجامع الصغير في الطرار اذا طر الصرة من خارج الكم انه لا قطع عند أبي حنيفة رحمه الله فان أدخل يده في الكم فطرها يقطع وقال أبو يوسف هذا كله سواء ويقطع وبتفصيل الكلام فيه يرتفع الخلاف ويتفق الجواب وهو أن الطر لا يخلو اما أن يكون بالقطع واما أن يكون بحل الرباط والدراهم لا تخلو اما ان كانت مصرورة على ظاهر الكم واما ان كانت مصرورة في باطنه فان كان الطر بالقطع والدراهم مصرورة على ظاهر الكم لم يقطع لان الحرز هو الكم والدراهم بعد القطع تقع على ظاهر الكم فلم يوجد الاخذ من الحرز وعليه يحمل قول أبي حنيفة رحمه الله وان كانت مصرورة في داخل الكم يقطع لانها بعد القطع تقع في داخل الكم فكان الطر أخذا من الحرز وهو الكم فيقطع وعليه يحمل قول أبي يوسف وان كان الطر بحل الرباط ينظر ان كان بحال لو حل الرباط تقع الدراهم على ظاهر الكم بان كانت العقدة مشدودة من داخل الكم لا يقطع لانه أخذها من غير حرز وهو تفسير قول أبي حنيفة رحمه الله وان كان اذا حل تقع الدراهم في داخل الكم وهو يحتاج الى ادخال يده في الكم للاخذ يقطع لوجود الاخذ من الحرز وهو تفسير قول أبي يوسف والله تعالى أعلم وعلى هذا الاصل أيضا يخرج النباش على أصل أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله انه لا يقطع لان القبر ليس بحرز بنفسه أصلا اذ لا تحفظ الاموال فيه عادة الا ترى أنه لو سرق منه الدراهم والدنانير لا يقطع ولا حافظ للكفن ليجعل حرزا بالحافظ فلم يكن القبر حرزا بنفسه ولا بغيره أو فيه شبهة عدم الحرز لانه ان كان حرز مثله فليس حرز السائر الاموال فتمكنت الشبهة في كونه حرزا فلا يقطع ثم اختلف أنه يعتبر في كل شئ حرز مثله أو حرز نوعه قال بعض مشايخنا انه يعتبر في كل شئ حرز مثله كالاصطبل للدابة والحظيرة للشاة حتى لو سرق اللؤلؤة من هذه المواضع لا يقطع وذكر الكرخي في مختصره عن أصحابنا ان ما كان حرزا لنوع يكون حرزا للانواع كلها وجعلوا سريجة البقال حرزا للجواهر فالطحاوي رحمه الله اعتبر العرف والعادة وقال حرز الشئ هو المكان الذي يحفظ فيه عادة والناس في العادات لا يحرزون الجواهر في الاصطبل والكرخي رحمه الله اعتبر الحقيقة لان حرز الشئ ما يحرز ذلك الشئ حقيقة وسريجة البقال تحرز الدراهم والدنانير والجواهر حقيقة فكانت حرزا لها والله سبحانه وتعالى أعلم (ومنها) أن يكون نصابا والكلام في هذا الشرط يقع في ثلاثة مواضع أحدها في أصل النصاب انه شرط أم لا والثاني في بيان

قدره والثالث فى بيان صفاته (أما) الاول فقد اختلف فيه قال عامة العلماء أنه شرط فلا قطع فيما دون النصاب وحكى عن الحسن البصرى رحمه الله أنه ليس بشرط و يقطع فى القليل والكثير وهو قول الخوارج واحتجوا بظاهر قوله سبحانه وتعالى والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما من غير شرط النصاب وروى عن النبى عليه الصلاة والسلام أنه قال لعن الله السارق يسرق الحبل فتقطع يده و يسرق البيضة فتقطع يده ومعلوم أن من الحبال ما لا يساوى دانقا والبيضة لا تساوى حبة (ولنا) دلالة النص والاجماع من الصحابة اما دلالة النص فلان الله سبحانه وتعالى أوجب القطع على السارق والسارقة والسارق اسم مشتق من معنى وهو السرقة والسرقة اسم للاخذ على سبيل الاستخفاء ومسارقة الاعين وانما تقع الحاجة فى الاستخفاء فيما له خطر والحبة لا خطر لها فلم يكن أخذها سرقة فكان ايجاب القطع على السارق اشتراطا للنصاب دلالة (وأما) الاجماع فان الصحابة رضوان الله عليهم أجمعوا على اعتبار النصاب وانما جرى الاختلاف بينهم فى التقدير واختلافهم فى التقدير اجماع منهم على أن أصل النصاب شرط و به تبين أن ما رووا من الحديث غير ثابت أو منسوخ أو يحمل المذكور على حبل له خطر كحبل السفينة و بيضة خطيرة كبيضة الحديد توفيقا بين الدلائل والله تعالى أعلم (وأما) الكلام فى قدر النصاب فقد اختلف فيه أيضاً قال أصحابنا رضى الله عنهم انه مقدر بعشرة دراهم فلا قطع فى أقل من عشرة دراهم وقال مالك رحمه الله وابن أبى ليلى بخمسة وذكر القدورى رحمه الله عند مالك رحمه الله بثلاثين وقال الشافعى بربع دينار حتى لو سرق ربع دينار الا حبة وهو مع نقصانه يساوى عشرة لا يقطع عنده وعندنا يقطع ولو سرق ربع دينار لا يساوى عشرة لم يقطع عندنا وعنده يقطع وقيمة الدينار عندنا عشرة وعنده اثنا عشر على ما نبين فى كتاب الديات احتج من اعتبر الخمسة بما روى عن النبى عليه الصلاة والسلام أنه قال لا تقطع الخمسة الا بخمسة واحتج الشافعى رحمه الله بما روى عن سيدتنا عائشة رضى الله عنها عن النبى عليه الصلاة والسلام أنه قال تقطع يد السارق فى ربع دينار فصاعدا و روى عن سيدنا عمر رضى الله عنه أنه عليه الصلاة والسلام قطع فى مجن قيمته ثلاثة دراهم وهى قيمة ربع دينار عنده لان الدينار على أصله مقوم باثنى عشر درهما (ولنا) ما روى محمد فى الكتاب باسناده عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمرو بن العاص عنه عليه الصلاة والسلام أنه كان لا يقطع الا فى ثمن مجن وهو يومئذ يساوى عشرة دراهم وفى رواية عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا قطع فيما دون عشرة دراهم وعن ابن مسعود رضى الله عنه عن النبى عليه الصلاة والسلام أنه قال لا تقطع اليد الا فى دينار أو فى عشرة دراهم وعن ابن عباس رضى الله عنه عن رسول الله عليه الصلاة والسلام أنه قال لا يقطع السارق الا فى ثمن المجن وكان يقوم يومئذ بعشرة دراهم وعن ابن أم أيمن أنه قال ما قطعت يد على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم الا فى ثمن المجن وكان يساوى يومئذ عشرة دراهم وذكر محمد فى الاصل أن سيدنا عمر رضى الله عنه أمر بقطع يد سارق ثوب بلغت قيمته عشرة دراهم فمر به سيدنا عثمان رضى الله عنه فقال ان هذا لا يساوى الا ثمانية فدرأ سيدنا عمر القطع عنه وعن سيدنا عمر وسيدنا عثمان وسيدنا على وابن مسعود رضى الله عنهم مثل مذهبنا والاصل أن الاجماع انعقد على وجوب القطع فى العشرة وفيما دون العشرة اختلف العلماء لاختلاف الاحاديث فوقع الاحتمال فى وجوب القطع فلا يجب مع الاحتمال واذا عرف أن النصاب شرط وجوب القطع بالسرقة فان وجد ذلك القدر فى أخذ سرقة واحدة قطع لوجود الشرط وهو كمال النصاب وان اختلفت السرقة لم يقطع لفقد الشرط وعلى هذا مسائل اذا دخل رجل دار الرجل فسرق من بيت فيها درهما فاخرجه الى صحنها ثم عاد فاخذ درهما من البيت فاخرجه ثم عاد فأخذ درهما من البيت فأخرجه فلم يزل يفعل ذلك حتى أخذ عشرة دراهم ثم أخرج العشرة من الدار قطع لان هذه سرقة واحدة لان الدار مع صحنها و بيوتها حرز واحد فما دام فى الدار لم يوجد الاخراج من الحرز فاذا أخرج من الدار جملة فقد وجد اخراج نصاب من الحرز فيجب القطع ولو كان خرج فى كل مرة من الدار ثم عاد حتى فعل ذلك عشر مرات لم يقطع لان هذه سرقات اذ كل فعل منه اخراج من الحرز فكان

كل فعل منه معتبراً بنفسه وانه سرقة مادون النصاب فلا يوجب القطع وكذلك جماعة دخلوا داراً وأخرجوا من بيت من بيوتها المتاع مرة بعد أخرى الى صحن الدار ثم أخرجوه من الصحن دفعة واحدة يقطعون اذا كان ما أخرجوا يخص كل واحد منهم عشرة دراهم وان تفرق الاخراج يعتبر كل واحد بنفسه لان الاخراج جملة واحدة فهو سرقة واحدة فاذا تفرق فهو سرقات فكان كل واحد معتبرا بنفسه ولو سرق رجل واحد عشرة دراهم من منزلين مختلفين بان سرق منه درهما أو تسعة لم يقطع لانهما سرقتان مختلفتان لان كل واحد من المنزلين حرز بانفراده فهتك أحدهما عما دون النصاب لا يعتبر فى هتك الآخر فيبقى كل واحد منهما معتبرا فى نفسه ولو سرق رجل عشرة دراهم لعشرة أنفس فى موضع واحد قطع وان تفرق ملا كما يعتبر فى ذلك حال السارق والسارق واحد فكان النصاب كاملا وانما اعتبر حال السارق دون المسروق منه لان كمال النصاب شرط وجوب القطع والقطع عليه فيعتبر جانب من عليه ولا يعتبر جانب المسروق منه لان الحكم لم يجب له بل لله سبحانه وتعالى وان كان عشرة أنفس فى دار كل واحد فى بيت على حدة فسرق من كل واحد منهم درهما يقطع اذا خرج بالجميع من الدار لما ذكرنا أن الدار حرز واحد وقد أخرج منها نصابا كاملا فكانت السرقة واحدة وان اختلف المسروق منه ولو كانت الدار عظيمة فيها حجر لكل واحد حجرة فسرق من كل حجرة أقل من عشرة لم يقطع لان ذلك سرقات اذ كل حجرة حرز بانفرادها والسرقات اذا اختلفت يعتبر فى كل واحد منها كمال النصاب ولم يوجد ولو سرق عشرة أنفس من رجل واحد عشرة دراهم لم يقطعوا بخلاف الواحد اذا سرق عشرة دراهم من عشرة أنفس أنه يقطع اذا كانت الدراهم فى حرز واحد لما بينا أن المعتبر جانب السارق لا جانب المسروق منه فكانت السرقة واحدة فيعتبر كمال النصاب فى حق السارق لا فى حق المسروق منه وسواء كانت الدراهم مجتمعة أو متفرقة بعد ان كان الحرز واحدا حتى لو سرق عشرة دراهم متفرقا من كل كيس درهما من عشرة أنفس من منزل واحد يقطع لان الحرز واحد فاذا أخرجها منه فقد خرج بنصاب كامل من السرقة فيقطع ولو سرق ثوبا قيمته تسعة دراهم فوضعه على باب الدار ثم دخل فاخذ ثوبا آخر يساوى تسعة فاخرجه لم يقطع لانه لم يبلغ المأخوذ فى كل واحد منهما نصابا فلا يقطع والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) صفات النصاب (فمنها) أن تكون الدراهم المسروقة جيادا حتى لو سرق عشرة زيوفا أو نبهرجة أو ستوقة لا يقطع الا أن تكون كثيرة تبلغ قيمة عشرة جياد وكذلك المسروق من غير الدراهم اذا كان لا تبلغ قيمته قيمة عشرة دراهم جيادا لا يقطع لان مطلق اسم الدراهم فى الاحاديث ينصرف الى الجياد (ومنها) أن يعتبر عشرة دراهم وزن سبعة كذا قالوا لان اسم الدراهم عند الاطلاق يقع على ذلك ألا ترى أنه قدر به النصاب فى الزكوات والديات وكذا الناس أجمعوا على هذا فى وزن الدراهم ولان هذا أوسط المقادير لان الدراهم على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم كانت صغارا وكبارا فاذا جمع صغير وكبير كانا درهمين من وزن سبعة فكان هذا الوزن هو أوسط المقادير فاعتبر به لقوله عليه الصلاة والسلام خير الامور أوساطها وهل يعتبر أن تكون مضروبة ذكر الكرخى عليه الرحمة أنه يعتبر عشرة دراهم مضروبة وهكذا روى بشر عن أبى يوسف وابن سماعة عن محمد حتى لو كان تبرا قيمته عشرة دراهم مضروبة لا يقطع وروى الحسن عن أبى حنيفة عليهم الرحمة أن السارق اذا سرق عشرة دراهم مما يجوز بين الناس ويروج فى معاملاتهم قطع وهذا يدل على أن كونها مضروبة ليس بشرط بل يقطع فى المضروبة وغيرها اذا كان مما يجوز بين الناس ويروج فى معاملاتهم لهما أن تقدير نصاب السرقة وقع بالدراهم أو تقويم المجن وقع بالدراهم والدراهم اسم للمضروبة والتبر ليس بمضروب ولا فى معنى المضروب فى المالية أيضا لانه ينتقص عنه فى القيمة فأشبه نقصان الوزن وأبو حنيفة رحمه الله اعتبر الجواز والرواج فى معاملات الناس فأجرى به التعامل بين الناس يستوى فى نصابه المضروب والصحيح والمكسر كما فى نصاب الزكاة فما قاله أبو حنيفة رحمه الله أقرب الى القياس وما قاله أبو يوسف ومحمد أقرب الى الاحتياط فى باب الحدود ثم كمال النصاب فى قيمة المسروق يعتبر وقت السرقة لا غير أم وقت السرقة والقطع جميعا وفائدة هذا تظهر فيما

اذا

اذا كانت قيمة المسروق كاملة وقت السرقة ثم نقصت انه هل يسقط القطع فجملة الكلام فيه ان نقصان المسروق لا يخلو اما ان كان نقصان العين بأن دخل المسروق عيب أو ذهب بعضه (واما) ان كان نقصان السعر فان كان نقصان العين يقطع السارق ولا يعتبر كمال النصاب وقت القطع بل وقت السرقة بلا خلاف لان نقصان عينه هلاك بعضه وهلاك الكل لا يسقط القطع فهلاك البعض أولى وان كان نقصان السعر ذكر الكرخي رحمه الله لا يقطع في ظاهر الرواية وتعتبر قيمته في الوقتين جميعا وروى محمد رحمه الله انه يقطع وهكذا ذكر الطحاوي رحمه الله انه تعتبر قيمته وقت الاخراج من الحرز وهو قول الشافعي رحمه الله (وجه) هذه الرواية ان نقصان السعر دون نقصان العين لان ذلك لا يؤثر في المحل وهذا يؤثر فيه ثم نقصان العين لم يؤثر في اسقاط القطع فنقصان السعر أولى (وجه) ظاهر الرواية على ما ذكره الكرخي رحمه الله الفرق بين النقصانين (ووجه) الفرق بينهما ان نقصان السعر يورث شبهة نقصان في المسروق وقت السرقة لان العين بحالها قائمة لم تتغير وتغير السعر ليس بمضمون على السارق أصلا فيجعل النقصان الطارئ كالموجود عند السرقة بخلاف نقصان العين لانه يوجب تغير العين اذ هو هلاك بعض العين وهو مضمون عليه في الجملة فلا يمكن تقديره وجوده وقت السرقة وكذا اذا سرق في بلد فأخذ في بلد آخر والقيمة فيه أنقص ذكر الكرخي رحمه الله انه لا يقطع حتى تكون القيمة جميعا في السعر عشرة دراهم وعلى رواية الطحاوي رحمه الله تعتبر قيمته وقت السرقة لا غير والله سبحانه وتعالى أعلم (ومنها) أن يكون المسروق الذي يقطع فيه في الجملة مقصودا بالسرقة لا تبعا لمقصود ولا يتعلق القطع بسرقته في قولهما وقال أبو يوسف رحمه الله هذا ليس بشرط والاصل في هذا أن المقصود بالسرقة اذا كان مما يقطع فيه لو انفرد وبلغ نصابا بنفسه يقطع بلا خلاف وان لم يبلغ بنفسه نصابا الا بالتابع يكمل النصاب به فيقطع وكذلك اذا كان واحد منهما مقصودا ولا يبلغ بنفسه نصابا يكمل أحدهما بالآخر و يقطع وان كان المقصود بالسرقة مما لا يقطع فيه لو انفرد لا يقطع وان كان معه غيره مما يبلغ نصابا اذا لم يكن الغير مقصودا بالسرقة بل يكون تابعا في قولهما وعند أبي يوسف رحمه الله يقطع اذا كان ذلك الغير نصابا كاملا وبيان هذه الجملة في مسائل اذا سرق اناء من ذهب أو فضة فيه شراب أو ماء أو لبن أو ماء ورد أو ثريد أو نبيذ أو غير ذلك مما لا يقطع فيه لو انفرد لم يقطع عندهما وعند أبي يوسف يقطع (وجه) قوله أن ما في الاناء اذا كان مما لا يقطع فيه التحق بالعدم فيعتبر أخذ الاناء على الانفراد فيقطع فيه (وجه) قولهما ان المقصود من هذه السرقة ما في الاناء والاناء تابع ألا يرى انه لو قصد الاناء بالاخذ لا بقى ما فيه وما في الاناء لا يجب القطع بسرقته فاذا لم يجب القطع بالمقصود لا يجب بالتابع والى هذا أشار محمد رحمه الله في الكتاب فقال انما أنظر الى ما في جوفه فان كان ما في جوفه لا يقطع فيه لم أقطعه ولو سرق ما في الاناء في الدار قبل أن يخرج الاناء منها ثم أخرج الاناء فارغا منه قطع لانه لما سرق ما فيه في الدار علم ان مقصوده هو الاناء والمقصود بالسرقة اذا كان مما يجب القطع بسرقته وبلغ نصابا يقطع وعلى هذا الخلاف اذا سرق صبيا حرا لا يعبر عن نفسه وعليه حلى وان كان يعبر عن نفسه لا يقطع بالاجماع لان له يدا على نفسه وعلى ما عليه من الحلى فلا يكون أخذه سرقة بل يكون خداعا فلا يقطع وكذلك اذا سرق عبدا صبيا يعبر عن نفسه وعليه حلى أو لم يكن لا يقطع بلا خلاف وان كان لا يعبر عن نفسه يقطع عندهما وعند أبي يوسف لا يقطع بناء على أن سرقة مثل هذا العبد يوجب القطع عندهما وعنده لا يوجب والمسئلة قد مرت ولو سرق كلبا أو غيره من السباع في عنقه طوق لم يقطع وكذلك لو سرق مصحفا مفضضا أو مرصعا بياقوت لم يقطع عندهما وعند أبي يوسف يقطع لما ذكرنا ولو سرق كوزا قيمته تسعة دراهم وفيه عسل يساوي درهما يقطع لان المقصود ما فيه من العسل والكوز تبع فيكمل نصاب الاصل به وكذلك لو سرق حمارا يساوي تسعة وعليه اكاف يساوي درهما يقطع لما قلنا ولو سرق عشرة دراهم من ثوب والثوب لا يساوي عشرة ينظر ان كان ذلك الثوب يصلح وعاء للدراهم بأن تشد فيه الدراهم عادة بأن كانت خرقة ونحوها يقطع لان المقصود بالاخذ هو ما فيه وان كان لا يصلح بأن كان ثوب كرباس فان كان تبلغ قيمة الثوب

نصابا بأن كان يساوى عشرة يقطع بلا خلاف لان الثوب مقصود بنفسه بالسرقة وان كان لا يبلغ نصابا قال أبو حنيفة رحمه الله لا يقطع وذكر فى الاصل ان اللص ان كان يعلم بالدراهم يقطع وان كان لا يعلم لا يقطع وهو احدى الروايتين عن أبى حنيفة وهو قول أبى يوسف و روى عنه انه يقطع علم بها أولم يعلم (ووجهه) ان العلم بالمسروق ليس بشرط لوجوب القطع بل الشرط أن يكون نصابا وقد وجد (وجه) رواية الاصل انه اذا كان يعلم بالدراهم كان مقصوده بالاخذ الدراهم وقد بلغت نصابا فيقطع واذا كان لا يعلم بها كان مقصوده الثوب وانه لم يبلغ النصاب فلا يقطع (وجه) الرواية الاخرى لابى حنيفة عليه الرحمة ان مثل هذا الثوب اذا كان مما لا تشد به الدراهم عادة كان مقصودا بنفسه بالسرقة وان لم يبلغ نصابا فلم يجب فيه القطع فكذا فيما فيه لانه تابع له ولو سرق جوالقا أو جرابا فيه مال كثير قطع لان المقصود بالسرقة هو المظروف لا الظرف والمقصود مما يجب القطع بسرقته فيقطع وكذا اذا كان الثوب لا يساوى عشرة وفيه مال عظيم علم به اللص يقطع لان الثوب يصلح وعاء للمال الكثير ولا يصلح وعاء لليسير ففيما صلح وعاء له يعتبر ما فيه لانا نعلم يقينا ان مقصوده ما فيه وفيما لا يصلح يعتبر نفسه مقصودا بالسرقة وما فيه تابعا له ولا قطع فى المقصود لنقصان النصاب فكذا فى التابع لان التبع حكمه حكم الاصل والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما الذى يرجع الى المسروق منه فهو أن يكون له يد صحيحة وهو يد الملك أو يد الامانة كيد المودع والمستعير والمضارب والمبضع أو يد الضمان كيد الغاصب والقابض على سوم الشراء والمرتهن فيجب القطع على السارق من هؤلاء أما من المالك فلا شك فيه وكذا من أمينه لان يد أمينه يده فالاخذ منه كالاخذ من المالك فأما من الغاصب فان منفعة يده عائدة الى المالك اذ بها يتمكن من الرد على المالك ليخرج عن العهدة فكانت يده يد المالك من وجه ولان المغصوب مضمون على الغاصب وضمان الغصب عندنا ضمان ملك فأشبه يد المشترى والمقبوض على سوم الشراء مضمون على القابض والمرهون مضمون على المرتهن بالدين فيجب القطع على السارق منهم وهل يستوفى بخصومتهم حال غيبة المالك فيه خلاف نذكره ان شاء الله تعالى ولا يجب القطع على السارق من السارق لان يد السارق ليست بيد صحيحة اذ ليست يد ملك ولا يد أمانة ولا يد ضمان فكان الاخذ منه كالاخذ من الطريق وان كان القطع درئ عن الاول قطع الثانى لانه اذا درئ عنه القطع صارت يده يد ضمان و يد الضمان يد صحيحة كيد الغاصب ونحوه والله تعالى عز شأنه أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما الذى يرجع الى المسروق فيه وهو المكان فهو أن تكون السرقة فى دار العدل فلا يقطع بالسرقة فى دار الحرب ودار البغى لانه لا يد للامام فى دار الحرب ولا على دار البغى فالسرقة الموجودة فيهما لا تنعقد سببا للوجوب القطع و بيان هذا فى مسائل التجار أو الاسارى من أهل الاسلام فى دار الحرب اذا سرق بعضهم من بعض ثم خرجوا الى دار الاسلام فأخذ السارق لا يقطعه الامام لانه لا يد للامام فى دار الحرب فالسرقة الموجودة فيهما لم تنعقد سببا لوجوب القطع فلا تستوفى فى دار الاسلام وكذلك التجار من أهل العدل فى معسكر أهل البغى أو الاسارى فى أيديهم اذا سرق بعضهم من بعض ثم خرجوا الى أهل العدل فأخذ السارق لم يقطعه الامام لان السرقة وجدت فى موضع لا يد للامام عليه فأشبهت السرقة فى دار الحرب وكذلك رجل من أهل البغى جاء للامام تائبا وقد سرق من أهل البغى لم يقطعه لما قلنا وكذلك رجل من أهل العدل أغار على معسكر أهل البغى فسرق منهم لم يقطعه الامام لان السرقة لم تنعقد موجبة للقطع لعدم ولاية الاستيفاء فيه ولانه أخذ عن تأويل لان لاهل العدل أن يأخذوا أموال أهل البغى و يحبسونها عندهم حتى يتوبوا فكان فى العصمة شبهة العدم وكذلك الرجل من أهل البغى اذا سرق من معسكر أهل العدل وعاد الى معسكره ثم أخذ بعد ذلك لم يقطع لانهم يعتقدون اباحة أموالنا ولهم منعة فكان أخذه عن تأويل فلا يقطع بالسرقة كما لا يضمن بالاتلاف ولو أن رجلا من أهل العدل سرق من انسان مالا وهو يشهد عليه بالكفر و يستحل دمه وماله يقطع لان مجرد اعتقاد الاباحة لا عبرة به ولانا لو اعتبرنا ذلك لادى الى سد باب الحد

لان

لان كل سارق لا يعجز عن اظهار ذلك فيسقط القطع عن نفسه وهذا قبيح فما يؤدى اليه مثله

﴿فصل﴾ وأما بيان ما تظهر به السرقة عند القاضى فنقول و بالله التوفيق السرقة الموجبة للقطع عند القاضى تظهر بأحد أمرين أحدهما البينة والثانى الاقرار أما البينة فتظهر بها السرقة اذا استجمعت شرائطها لانها خبر يرجح فيه جنبة الصدق على جنبة الكذب فيظهر المخبر به وشرائط قبول البينة فى باب السرقة بعضها يعم البينات كلها وقد ذكرنا ذلك فى كتاب الشهادات و بعضها يخص أبواب الحدود والقصاص وهو الذكورة والعدالة والاصالة فلا تقبل فيها شهادة النساء ولا شهادة الفساق ولا الشهادة على الشهادة لان فى شهادة هؤلاء زيادة شبهة لا ضرورة الى تحملها فيما يحتال لدفعه و يحتاط لدرئه وكذا عدم تقادم العهد الا فى حد القذف والقصاص حتى لو شهدوا بالسرقة بعد حين لم تقبل ولا يقطع و يضمن المال والاصل ان التقادم يبطل الشهادة على الحدود الخالصة ولا يبطلها على حد القذف ولا يبطل الاقرار أيضاً والفرق ذكرناه فى كتاب الحدود وانما ضمن المال لان التقادم انما يمنع من الشهادة على الحدود الخالصة للشبهة والشبهة تمنع وجوب الحد ولا تمنع وجوب المال و بعضها يخص أرباب الاموال والحقوق وهو الخصومة والدعوى ممن له يد صحيحة حتى لو شهدوا انه سرق من فلان الغائب لم تقبل شهادتهم ما لم يحضر المسروق منه و يخاصم لما ذكرنا ان كون المسروق ملكا لغير السارق شرط لكون الفعل سرقة ولا يظهر ذلك الا بالخصومة فاذا لم توجد الخصومة لم تقبل شهادتهم ولكن يحبس السارق لان اخبارهم أورث تهمة و يجوز الحبس بالتهمة لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس رجلا بالتهمة وهل يشترط حضور المولى لقبول البينة القائمة على سرقة عبده مال انسان والعبد يجحد اختلف فيه قال أبو حنيفة عليه الرحمة يشترط حتى لو كان مولاه غائبا لم تقبل البينة وهو احدى الروايتين عن أبى يوسف وروى عن أبى يوسف رحمه الله رواية اخرى أنه لا يشترط و يقضى عليه بالقطع وان كان مولاه غائبا (وجه) هذه الرواية أن القطع انما يجب على العبد بالسرقة من حيث انه آدمى مكلف لا من حيث انه مال مملوك للمولى ومن هذا الوجه المولى أجنبى عنه فلا معنى لاشتراط حضرته كما لا تشترط حضرة سائر الاجانب ولهذا لو أقر بالسرقة نفذ اقراره ولا يشترط حضور المولى كذا هذا (وجه) قول أبى حنيفة عليه الرحمة أن هذه البينة تتضمن اتلاف ملك المولى فلا يقضى بها مع غيبة المولى كالبينة القائمة على ملك شئ من رقبة العبد ولان من الجائز أنه لو كان حاضرا لادعى شبهة مانعة من قبول الشهادة والحدود تدرأ ما أمكن بخلاف الاقرار لانه بعد ما وقع موجبا للحد لا يملك المولى رده بوجه فلم تتمكن فيه شبهة ولا تظهر السرقة بالنكول حتى لو ادعى على رجل سرقة فانكر فاستحلف فنكل لا يقضى عليه بالقطع و يقضى بالمال لان النكول اما أن يجرى مجرى البدل والقطع مما لا يحتمل البدل والاباحة والمال يحتمل البدل والاباحة واما أن يجرى مجرى اقرار فيه شبهة العدم لكونه اقرارا من طريق السكوت لا صريحا والشبهة تمنع وجوب الحد ولا تمنع وجوب المال (وأما) الاقرار فتظهر به السرقة الموجبة للقطع أيضاً لان الانسان غير متهم فى الاقرار على نفسه بالاضرار بنفسه فتظهر به السرقة كما تظهر بالبينة بل أولى لان المرء قد يتهم فى حق غيره ما لا يتهم فى حق نفسه وسواء كان الذى أقر بالسرقة عبدا مأذونا أو محجورا بعد ان كان من أهل وجوب القطع عليه وعند زفر رحمه الله لا يقطع باقرار العبد من غير تصديق المولى وجملة الكلام أن العبد اذا أقر بسرقة عشرة دراهم لا يخلو اما ان كان مأذونا أو محجورا والمال قائم أو هالك فان كان مأذونا يقطع ثم ان كان المال هالكا أو مستهلكا لا ضمان عليه سواء صدقه مولاه فى اقراره أو كذبه لان القطع مع الضمان لا يجتمعان عندنا وان كان المال قائما فهو للمسروق منه وهذا قول أصحابنا الثلاثة وقال زفر رحمه الله لا يقطع من غير تصديق المولى والمال للمسروق منه (وجه) قوله أن اقرار العبد يتضمن اتلاف مال المولى لان ما فى يد العبد مال مولاه فلا يقبل من غير تصديق المولى (ولنا) أن العبد غير متهم فى هذا الاقرار لان المولى ان كان يتضرر به فضرر العبد أعظم فلم يكن متهما فى اقراره فيقبل ولانه لا ملك للمولى فى يد العبد فى حق القطع كما لا ملك له فى نفسه فى حق القتل فكان العبد فيه مبقى على أصل الحرية فيقبل اقراره كالحر وبه

تبين أن اقراره لم يتضمن ابطال حق المولى فى حق القطع لعدم الحق له فى حقه وان كان محجورا تقطع يده ثم ان كان المال هالكا أو مستهلكا لا ضمان عليه كذبه مولاه أو صدقه وان كان قائما فان صدقه مولاه تقطع يده والمال للمسروق منه وان كذبه بان قال هذا مالى اختلف فيه أصحابنا الثلاثة قال أبو حنيفة تقطع يده والمال للمسروق منه وقال أبو يوسف تقطع يده والمال للمولى ولا ضمان على العبد فى الحال ولا بعد العتق وقال محمد لا تقطع يده والمال للمولى ويضمن مثله للمقرله بعد العتق (وجه) قوله ظاهر لان اقرار المحجور بالمال لا يصح لان ما فى يده ملك مولاه ظاهرا وغالبا واذا لم ينفذ اقراره بالمال بقى المال على حكم ملك المولى ولا قطع فى مال المولى بخلاف المأذون لان اقراره بالمال جائز واذا جاز اقراره بالمال لغيره تثبت السرقة منه فيقطع (وجه) قول أبى يوسف أن اقراره بالحد جائز وان كان لا يجوز بالمال اذ ليس من ضرورة جواز اقراره فى حق الحد جوازه فى المال ألا ترى أنه لو قال سرقت هذا المال الذى فى يد زيد من عمرو يقبل اقراره فى القطع ولا يقبل فى المال كذا هذا (وجه) قول أبى حنيفة رحمه الله أن اقرار العبد بالحد جائز لما ذكرنا فى العبد المأذون فلزمه القطع فبعد ذلك لا يخلو اما أن يقطع فى المال المقر به بعينه ويرد المسروق الى المولى واما أن يقطع فى مال بغير عينه لا سبيل الى الاول لان قطع اليد فى مال محكوم به لمولاه لا يجوز ولا يجوز أن يقطع فى مال بغير عينه لان الاقرار صادف مالا معينا فتعين أن يقطع فى المال المقر به بعينه ويرد المال الى المسروق منه هذا اذا كان العبد بالغا عاقلا وقت الاقرار فاما اذا كان صبيا عاقلا فلا قطع عليه لانه ليس من أهل الخطاب بالشرائع ثم ينظر ان كان مأذونا يصح اقراره بالمال فان كان قائما يرد عليه وان كان هالكا يضمن وان كان محجورا لا يصح اقراره الا بتصديق المولى فان كذبه فالمال للمولى ان كان قائما وان كان هالكا لا ضمان عليه لا فى الحال ولا بعد العتاق ولو أقر العبد بسرقة ما دون العشرة لا يقطع لان النصاب شرط ثم ينظر ان كان مأذونا يصح اقراره ويرد المال الى المسروق منه وان كان هالكا يضمن سواء كان العبد مخاطبا أو لم يكن وان كان محجورا فان صدقه مولاه فكذلك وان كذبه فالمال للمولى ويضمن العبد بعد العتق ان كان مخاطبا وقت الاقرار وان كان صغيرا لا ضمان عليه والاصل فى جنس هذه المسائل ان كل ما لا يصح اقرار المولى على عبده يصح اقرار العبد فيه ثم المولى اذا أقر على عبده بالقصاص أو حد الزنا أو حد القذف أو السرقة أو القطع فى السرقة لا يصح فاذا أقر العبد بهذه الاشياء يصح (وأما) اذا أقر المولى على عبده بالجناية فيما دون النفس فيما يجب فيه الدفع أو الفداء فانه ينظر ان لم يكن عليه دين صح لان الجناية فيما دون النفس يسلك فيها مسلك الاموال فكأن المولى أقر عليه بالدين ولو أقر عليه بالدين يصح كذا هذا وان كان عليه دين لا يصح لانه لو أقر عليه بالدين وعليه دين لا يصح كذا اذا أقر عليه بالجناية والله سبحانه وتعالى أعلم وعدم التقادم فى الاقرار ليس بشرط لجوازه فيجوز سواء تقادم عهد السرقة أو لا بخلاف البينة والفرق ذكرناه فى كتاب الحدود واختلف فى العدد فى هذا الاقرار انه هل هو شرط قال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله ليس بشرط ويظهر بالاقرار مرة واحدة وقال أبو يوسف رحمه الله شرط فلا يقطع ما لم يقر مرتين فى مكانين والدلائل ذكرناها فى كتاب الحدود وكذا اختلف فى دعوى المسروق منه انها هل هى شرط كون الاقرار مظهراً للسرقة كما هى شرط كون البينة مظهرة لها قال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله شرط حتى لو أقر السارق انه سرق مال فلان الغائب لم يقطع ما لم يحضر المسروق منه ويخاصم عندهما وقال أبو يوسف الدعوى فى الاقرار ليست بشرط ويقطع حال غيبة المسروق منه (وجه) قوله ان اقراره بالسرقة اقرار على نفسه والانسان يصدق فى الاقرار على نفسه لعدم التهمة ولهذا لو أقر بالزنا بامرأة وهى غائبة قبل اقراره وحد كذا هذا ولهما ما روى ان سمرة رضى الله عنه قال للنبى عليه الصلاة والسلام انى سرقت لآل فلان فأنفذ اليهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فسألهم فقالوا انا فقدنا بعيراً لنا فى ليلة كذا فقطعه فلولا ان المطالبة شرط ظهور السرقة بالاقرار لم يكن ليسألهم بل كان يقطع السارق ولان كل من فى يده شئ فالظاهر انه ملكه (فأما) اذا أقر به لغيره لم يحكم بزوال ملكه عنه حتى يصدقه المقر له والغائب يجوز أن يصدقه فيه ويجوز أن يكذبه فيبقى على حكم

ملك السارق فلا يقطع ولان فى ظهور السرقة بهذا الاقرار شبهة العدم لاحتمال التكذيب من المسروق منه فانه يحتمل أن يحضر فيكذبه فى اقراره بخلاف الاقرار بالزنا بامرأة غائبة انه يحد المقر وان كان يحتمل أن تحضر المرأة فتدعى شبهة لان هناك لو كانت حاضرة وادعت الشبهة يسقط الحد لاجل الشبهة فلو سقط عند غيبتها لسقط لشبهة الشبهة وانها غير معتبرة فى درء الحد وههنا بخلافه لان المسروق منه لو كان حاضرا وكذب السارق فى اقراره بالسرقة منه لم يقطع لا لمكان الشبهة بل لانعدام فعل السرقة فلم يكن السقوط حال الغيبة اعتبار شبهة الشبهة والله تعالى أعلم قال محمد لو قال سرقت هذه الدراهم ولا أدرى لمن هى أو قال سرقتها ولا أخبرك من صاحبها لا يقطع لان جهالة المسروق منه فوق غيبته ثم الغيبة لما منعت القطع على أصله فالجهالة أولى ولان الخصومة لما كانت شرطاً فاذا كان المسروق منه مجهولا لا تتحقق الخصومة فلا يقطع واذا عرف ان الخصومة شرط ظهور السرقة الموجبة للقطع بالبينة على الاتفاق وبالاقرار على الاختلاف فلا بد من بيان من يملك الخصومة ومن لا يملكها فنقول وبالله التوفيق الاصل ان كل من كان له يد صحيحة يملك الخصومة ومن لا فلا فللمالك أن يخاصم السارق اذا سرق منه لا شك فيه لان يد المالك يد صحيحة (وأما) المودع والمستعير والمضارب والمبضع والغاصب والقابض على سوم الشراء والمرتهن فلا خلاف بين أصحابنا رضى الله عنهم فى أن لهم أن يخاصموا السارق وتعتبر خصومتهم فى حق ثبوت ولاية الاسترداد والاعادة الى أيديهم وأما فى حقوق القطع فكذلك عند أصحابنا الثلاثة رحمهم الله ويقطع السارق بخصومتهم وعند زفر رحمه الله لا تعتبر خصومتهم فى حق القطع ولا يقطع السارق بخصومة هؤلاء وعند الشافعى رحمه الله لا يعتبر بخصومة غير المالك أصلا لا فى حق القطع ولا فى حق ولاية الاسترداد (ووجه) قول زفر رحمه الله أن يد هؤلاء ليست بيد صحيحة فى الاصل أما يد المرتهن فظاهر لانها يد حفظ لانه يثبت له ولاية الخصومة لضرورة الاعادة الى يد الحفظ ليتمكن من التسليم من المالك. وكذلك يد الغاصب والقابض على سوم الشراء والمرتهن يدهم يد ضمان لا يد خصومة وانما ثبت لهم ولاية الخصومة لامكان الرد الى المالك فكان ثبوت ولاية الخصومة لهم بطريق الضرورة والثابت بضرورة يكون عدما فيما وراء محل الضرورة لانعدام علة الثبوت وهى الضرورة فكانت الخصومة منعدمة فى حق القطع ولا قطع بدون الخصومة ولهذا لا يقطع بخصومة السارق كذا هذا (ولنا) ان الخصومة شرط صيرورة البينة حجة مظهرة للسرقة لما بينا ان الفعل لا يتحقق سرقة ما لم يعلم ان المسروق ملك غير السارق وانما يعلم ذلك بالخصومة فكانت الخصومة شرط كون البينة مظهرة للسرقة وكونها مظهرة للسرقة ثبت بخصومة هؤلاء واذا ظهرت السرقة يقطع لقوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما بخلاف السارق انه لا يقطع بخصومته لان يده ليست بصحيحة لما نذكر على أن عدم القطع هناك لخلل فى ملك المسروق لما بينا فيما تقدم وههنا لا خلل فى العصمة ألا ترى أن هناك لا يقطع بخصومة المالك وههنا يقطع ولو حضر المالك وغاب المرتهن هل له أن يخاصم السارق ويقطعه ذكر فى الجامع الصغير أن له ذلك وروى ابن سماعة عن محمد رحمه الله أنه ليس له ذلك (وجه) رواية ابن سماعة أن ولاية الخصومة للمسروق منه والمالك ليس بمسروق منه لان السارق لم يسرق منه وانما سرق من غيره فلم يكن له ولاية الخصومة (وجه) رواية الجامع ان الخصومة فى باب السرقة انما شرطت ليعلم أن المسروق ملك غير السارق وهذا يحصل بخصومة المالك فتصح خصومته كما تصح خصومة المرتهن بل أولى لان يد المرتهن يد نيابة فلما صحت الخصومة بيد النيابة فيد الاصالة أولى ولو حضر المغصوب منه وغاب الغاصب ذكر فى الجامع الصغير ان له أن يخاصم ويطالب بالقطع ولم يذكر ابن سماعة فى الغصب خلافا وذكر القدورى عليه الرحمة أنه ينبغى أن يكون الخلاف فيهما واحدا وليس للراهن أن يخاصم السارق فيقطعه لانه ليس له حق القبض قبل قضاء الدين فلا يملك المطالبة حتى لو قضى الدين له أن يخاصم لانه ثبت ولاية القبض بالفكاك قال القدورى رحمه الله وعلى قياس رواية ابن سماعة لا يثبت للراهن ولاية المطالبة مع غيبة المرتهن كما فى المودع بل أولى لان يد المرتهن أقوى من يد المودع لان يد المرتهن لنفسه ويد المودع لغيره ولو هلك الرهن

فى يد السارق كان للمرتهن أن يقطعه ولا سبيل للراهن عليه لان المرتهن كان له ولاية القطع قبل الهلاك وهلاك المحل لا يسقط القطع فيثبت الولاية (فاما) الراهن فلم يبق له حق فى المرهون ألا ترى أنه سقط عنه الدين بهلاكه فلا تثبت له ولاية المطالبة (وأما) السارق فلا يملك الخصومة لان يده ليست بمضمونة لانها ليست بيد ملك ولا يد ضمان ولا يد أمانة فصار الاخذ من يده كالاخذ من الطريق فلم يكن له أن يخاصم الثانى بالقطع ولا للمالك أيضا ولاية المخاصمة لان أخذ المال من اليد الصحيحة شرط وجوب القطع ولم يوجد فلا يجب القطع فلا تثبت له ولاية المطالبة وهل للسارق الاول أن يطالب الثانى برد المسروق الى يده قالوا فيه روايتان فى رواية له ذلك وفى رواية ليس له ذلك (وجه) الرواية الاولى على نحو ما بينا أن المسروق منه لم تكن له يد صحيحة فصار الاخذ منه كالاخذ من الطريق سواء (وجه) الرواية الثانية أن من الجائز أن يختار المالك الضمان و يترك القطع فيحتاج الى أن يسترده من يده فيدفع اليه فيتخلص عن الضمان كما فى الغصب ونحوه على ما مر وذكر القدورى عليه الرحمة أنه يجوز أن يقال ما لم يقطع فله ذلك (وأما) بعد القطع فليس له ذلك لان قبل القطع يحتمل اختيار الضمان و بعده لا قال و يجوز ان يقال له ذلك بعد القطع أيضا لان الضمان ان لم يجب عليه فى القضاء فهو واجب عليه فيما بينه و بين الله تعالى فيحتاج الى الاسترداد ليتخلص عن الضمان الواجب عليه فيما بينه و بين الله سبحانه وتعالى ولا تظهر السرقة الموجبة للقطع بعلم القاضى سواء استفاده قبل زمان القضاء أو فى زمان القضاء لما ذكرنا فى كتاب أدب القاضى والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما حكم السرقة فنقول وبالله التوفيق للسرقة حكمان أحدهما يتعلق بالنفس والآخر يتعلق بالمال (أما) الذى يتعلق بالنفس فالقطع لقوله سبحانه وتعالى والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما ولما روينا من الاخبار وعليه اجماع الامة فالكلام فى هذا الحكم يقع فى مواضع فى بيان صفات هذا الحكم وفى بيان محل اقامته وفى بيان من يقيمه وفى بيان ما يسقط بعد ثبوته وفى بيان حكم السقوط بعد الثبوت أو عدم الثبوت أصلا لمانع من الشبهة (أما) صفات هذا الحكم فانواع (منها) أن ينفى وجوب ضمان المسروق عندنا فلا يجب الضمان والقطع فى سرقة واحدة ولقب المسئلة أن الضمان والقطع هل يجتمعان فى سرقة واحدة عندنا لا يجتمعان حتى لو هلك المسروق فى يد السارق بعد القطع أو قبله لا ضمان عليه وعند الشافعى رحمه الله فيقطع و يضمن ما استهلكه (وجه) قوله أنه وجد من السارق سبب وجوب القطع والضمان فيجبان جميعا وانما قلنا ذلك لانه وجد منه السرقة وانها سبب لوجوب القطع والضمان لانها جناية حقين حق الله عز وجل وحق المسروق منه (أما) الجناية على حق الله سبحانه وتعالى فهتك حرمة حفظ الله سبحانه وتعالى اذ المال حال غيبة المالك محفوظ بحفظ الله سبحانه وتعالى (وأما) الجناية على حق العبد فباتلاف ماله فكانت الجناية على حقين فكانت مضمونة بضمانين فيجب ضمان القطع من حيث انها جناية على حق الله سبحانه وتعالى وضمان المال من حيث انها جناية على حق العبد كمن شرب خمر الذمى انه يجب عليه الحد حقا لله تعالى والضمان حقا للعبد وكذا قتل الخطأ يوجب الكفارة حقا لله تعالى والدية حقا للعبد كذا هذا والدليل عليه ان المسروق لو كان قائما يجب رده على المالك فدل انه بقى معصوما حقا للمالك (ولنا) الكتاب والسنة والمعقول أما الكتاب العزيز فقوله سبحانه وتعالى والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا والاستدلال بالآية من وجهين أحدهما ان الله سبحانه وتعالى سمى القطع جزاء والجزاء يبنى على الكفاية فلو ضم اليه الضمان لم يكن القطع كافيا فلم يكن جزاء تعالى الله سبحانه عز شأنه عن الخلف فى الخبر والثانى انه جعل القطع كل الجزاء لانه عز شأنه ذكره ولم يذكر غيره فلو أوجبنا الضمان لصار القطع بعض الجزاء فيكون نسخا لنص الكتاب العزيز وأما السنة فما روى عن سيدنا عبد الرحمن بن عوف رضى الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال اذا قطع السارق فلا غرم عليه والغرم فى اللغة ما يلزم أداؤه وهذا نص فى الباب (وأما) المعقول فمن وجهين أحدهما بناء والآخر ابتداء (أما) وجه البناء فهو ان المضمونات عندنا تملك عند أداء الضمان أو اختياره من وقت الاخذ فلو ضمنا السارق

قيمة المسروق أو مثله لملك المسروق من وقت الاخذ فتبين انه قطع فى ملك نفسه وذلك لا يجوز (وأما) وجه الابتداء فما قاله بعض مشايخنا وهو ان الضمان انما يجب بأخذ مال معصوم ثبتت عصمته حقا للمالك فيجب أن يكون المضمون بهذه الصفة ليكون اعتداء بالمثل فى ضمان العدوانات والمضمون حالة السرقة خرج من أن يكون معصوما حقا للمالك بدلالة وجوب القطع ولو بقى معصوما حقاً للمالك لما وجب اذ الثابت حقا للعبد يثبت لدفع حاجته وحاجة السارق كحاجة المسروق منه فتتمكن فيه شبهة الاباحة وانها تمنع وجوب القطع والقطع واجب فينتفى الضمان ضرورة الا أنه وجب رد المسروق حال قيامه لان وجوب الرد يقف على الملك لا على العصمة ألا ترى ان من غصب خمر المسلم يؤمر بالرد اليه لقيام ملكه فيها ولو هلكت فى يد الغاصب لا ضمان عليه لعدم العصمة فلم يكن من ضرورة سقوط العصمة الثابتة حقا للعبد زوال ملكه عن المحل وههنا الملك قائم فيؤمر بالرد اليه والعصمة زائلة فلا يكون مضمونا بالهلاك ويخرج على هذا الاصل مسائل اذا استهلك السارق المسروق بعد القطع لا يضمن فى ظاهر الرواية وروى الحسن عن أبى حنيفة رحمه الله انه يضمن (وجه) هذه الرواية ان المسروق بعد القطع بقى على ملك المسروق منه ألا ترى انه يجب رده على المالك وقبض السارق ليس بقبض مضمون فكان المسروق فى يده بمنزلة الامانة فاذا استهلكها ضمن (وجه) ظاهر الرواية ان عصمة المحل الثابتة حقا للمالك قد سقطت فى حق السارق لضرورة امكان ايجاب القطع فلا يعود الا بالرد الى المالك فلم يكن معصوما قبله فلا يكون مضمونا ولو استهلك رجل آخر يضمنه لان العصمة انما سقطت فى حق السارق لا فى حق غيره فيضمن ولو سقط القطع لشبهة ضمن لان المانع من الضمان هو القطع وقد زال المانع ولو باع السارق المسروق من انسان أو ملكه منه بوجه من الوجوه فان كان قائما فلصاحبه أن يأخذه لانه عين ملكه وللمأخوذ منه أن يرجع على السارق بالثمن الذى دفعه لان الرجوع بالثمن لا يوجب ضمانا على السارق فى عين المسروق لانه يرجع عليه بثمن المسروق لا بقيمته ليوجب ذلك ملك المسروق للسارق وان كان هلك فى يده فلا ضمان على السارق ولا على القابض هكذا روى عن أبى يوسف أما السارق فلأن القطع ينفى الضمان (وأما) المشترى فلأنه لو ضمنه المالك لكان له أن يرجع بالضمان على السارق فيصير كأن المالك ضمن السارق وقطعه ينفى الضمان عنه وان كان استهلكه القابض كان للمالك أن يضمنه القيمة لانه قبض ماله بغير اذنه وهلك فى يده وللمشترى أن يرجع على السارق بالثمن لان الرجوع بالثمن ليس بتضمين ولو اغتصبه انسان من السارق فهلك فى يده بعد القطع فلا ضمان للسارق ولا للمسروق منه (أما) السارق فلانه ليس بمالك (وأما) المالك فلان العصمة الثابتة له حقا قد بطلت قال القدورى وكان للمولى أن يضمنه الغاصب لانه لو ضمن لا يرجع بالضمان على السارق وعلى هذا يخرج ما اذا سرق ثوبا فخرقه فى الدار خرقا فاحشا ثم أخرجه وهو يساوى عشرة دراهم لا يقطع لان الخرق الفاحش سبب لوجوب الضمان وأنه يوجب ملك المضمون وذلك يمنع القطع وان خرقه عرضا فقد مر الاختلاف فيه (ومنها) أن يجرى فيه التداخل حتى انه لو سرق سرقات فرفع فيها كلها فقطع أو رفع فى بعضها فقطع فيما رفع فالقطع للسرقات كلها ولا يقطع فى شئ منها بعد ذلك لان أسباب الحدود اذا اجتمعت وانها من جنس واحد يكتفى فيها بحد واحد كما فى الزنا وهذا لان المقصود من اقامة الحد هو الزجر والردع وذلك يحصل باقامة الحد الواحد فكان فى اقامة الثانى والثالث شبهة عدم الفائدة فلا يقام ولهذا يكتفى فى باب الزنا بالاقامة لاول حد كذا هذا ولان محل الاقامة قد فات اذ محلها اليد اليمنى لان كل سرقة وجدت ما أوجبت الا قطع اليد اليمنى فاذا قطعت فى واحدة منها فقد فات محل الاقامة وصار كما لو ذهبت اليد اليمنى بآفة سماوية وأما حكم الضمان فلا خلاف بين أصحابنا رضى الله عنهم فى أنه اذا حضر أصحاب السرقات وخاصموا فيها فقطع بمخاصمتهم انه لا ضمان على السارق فى السرقات كلها لان مخاصمة المسروق منه بالقطع بمنزلة الابراء عن الضمان عندنا فاذا خاصموا جميعا فكأنهم أبرؤا واما اذا خاصم واحد فى سرقة فقطع فلا ضمان على السارق فيما خوصم باجماع بين أصحابنا

رضى الله عنهم واما فيما لم يخاصم فيه فقد اختلفوا قال أبو حنيفة رحمه الله لا ضمان عليه فى شئ من السرقات خاصموا أو لم يخاصموا وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يضمن فى السرقات كلها الا فيما خوصم (وجه) قولهما ان المسروق منه مخير بين ان يدعى المال يستوفى حقه وهو الضمان و بين ان يدعى السرقة ليستوفى فى حق الله سبحانه وتعالى وهو القطع ولا ضمان له فكان سقوط الضمان مبنياً على دعوى السرقة والخصومة فيها فمن خاصم منهم فقد وجد منه ما يوجب سقوط الضمان ومن لم يخاصم لم يوجد منه المسقط فيبقى حقه فى الضمان كما كان ولابى حنيفة رحمه الله ان النافى للضمان هو القطع والقطع وقع للسرقات كلها فينفى الضمان فى السرقات كلها هذا اذا كان المسروق هالكا اما اذا كان قائما رد كل مسروق الى صاحبه لان القطع ينفى الضمان لا الرد ومنها انه لا يحتمل العفو حتى لو أمر الامام بقطع السارق فعفا عنه المسروق منه كان عفوه باطلا لان صحة العفو يعتمد كون المعفو عنه حقا للعافى والقطع خالص حق الله سبحانه وتعالى لا حق للعبد فيه فلا يصح عفوه والله سبحانه وتعالى أعلم واما محل اقامة هذا الحكم فالكلام فيه فى موضعين أحدهما فى بيان أصل المحل ومراعاة الترتيب فيه والثانى فى بيان موضع اقامة الحكم منه اما الاول فاصل المحل عند أصحابنا طرفان فقط وهما اليد اليمنى والرجل اليسرى فتقطع اليد اليمنى فى السرقة الاولى وتقطع الرجل اليسرى فى السرقة الثانية ولا يقطع بعد ذلك أصلا ولكنه يضمن السرقة و يعزر و يحبس حتى يحدث توبة عندنا وعند الشافعى رحمه الله الاطراف الاربعة محل القطع على الترتيب فتقطع اليد اليمنى فى المرة الاولى وتقطع الرجل اليسرى فى المرة الثانية وتقطع اليد اليسرى فى المرة الثالثة وتقطع الرجل اليمنى فى السرقة الرابعة احتج الشافعى رحمه الله بقوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما والايدى اسم جمع والاثنان فما فوقهما جماعة على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال الله تعالى ان تتوبا الى الله فقد صغت قلوبكما وانه لم يكن لكل واحد الاقلب واحد الا ان الترتيب فى قطع الايدى ثبت بدليل آخر وهذا لا يخرج اليد اليسرى من ان تكون محلا للقطع فى الجملة و روى ان سيدنا أبا بكر رضى الله عنه قطع سارق حلى أسماء وكان أقطع اليد والرجل (ولنا) ماروى ان سيدنا عليا رضى الله عنه أتى بسارق فقطع يده ثم أتى به الثانية وقد سرق فقطع رجله ثم أتى به الثالثة وقد سرق فقال لا أقطعه ان قطعت يده فبأى شئ يأكل بأى شئ يتمسح وان قطعت رجله بأى شئ يمشى انى لاستحى من الله فضربه بخشبة وحبسه وروى ان سيدنا عمر رضى الله عنه أتى بسارق أقطع اليد والرجل قد سرق نعالا يقال له سدوم وأراد ان يقطعه فقال له سيدنا على رضى الله عنه انما عليه قطع يد و رجل فحبسه سيدنا عمر رضى الله عنه ولم يقطعه وسيدنا عمر وسيدنا على رضى الله عنهما لم يزيدا فى القطع على قطع اليد اليمنى والرجل اليسرى وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضى الله عنهم ولم ينقل انه أنكر عليهما منكر فيكون اجماعا من الصحابة رضى الله عنهم (ولنا) أيضا دلالة الاجماع والمعقول اما دلالة الاجماع فهى انا أجمعنا على ان اليد اليمنى اذا كانت مقطوعة لا يعدل الى اليد اليسرى بل الى الرجل اليسرى ولو كان لليد اليسرى مدخل فى القطع لكان لا يعدل الا اليها لانها منصوص عليها ولا يعدل عن المنصوص عليه الى غيره فدل العدول الى الرجل اليسرى لا اليها على انه لا مدخل لها فى القطع بالسرقة أصلا وهذا النوع من الاستدلال ذكره الكرخى رحمه الله واما المعقول فهو ان فى قطع اليد اليسرى تفويت جنس منفعة من منافع النفس أصلا وهى منفعة البطش لانها تفوت بقطع اليد اليسرى بعد قطع اليمنى فتصير النفس فى حق هذه المنفعة هالكة فكان قطع اليد اليسرى اهلاك النفس من وجه وكذا قطع الرجل اليمنى بعد قطع الرجل اليسرى تفويت منفعة المشى لان منفعة المشى تفوت بالكلية فكان قطع الرجل اليمنى اهلاك النفس من كل وجه واهلاك النفس من كل وجه لا يصلح حدا فى السرقة كذا اهلاك النفس من وجه لان الثابت من وجه ملحق بالثابت من كل وجه فى الحدود احتياطا ولا حجة له فى الآية الشريفة لان ابن مسعود رضى الله عنه قرأ فاقطعوا أيمانهما ولا يظن بمثله ان يقرأ ذلك من تلقاء نفسه بل سماعا من رسول الله صلى الله عليه وسلم فخرجت قراءته مخرج التفسير لمبهم الكتاب العزيز وهكذا روى عن عبد الله بن

عباس رضى الله عنهما فى قوله عز وجل فاقطعوا أيديهما انه قال أيمانهما وهكذا روى عن الحسن وابراهيم رحمهما الله
وأما حديث لا قطع فقد روى الزهرى فى الموطأ عن سيدتنا عائشة رضى الله عنها انها قالت لما كان الذى سرق حلى
أسماء أقطع اليد اليمنى فقطع سيدنا أبو بكر رضى الله عنه رجله اليسرى وكانت تنكر ان يكون أقطع اليد والرجل ثم انما
تقطع يده اليمنى فى الكرة الاولى اذا كانت اليد اليسرى صحيحة يمكنه ان ينتفع بها بعد قطع اليد اليمنى والرجل اليمنى صحيحة
يمكنه الانتفاع بها بعد قطع الرجل اليسرى فان كانت اليد اليسرى مقطوعة أو شلاء او مقطوعة الابهام أو اصبعين
سوى الابهام لا تقطع اليد اليمنى لان القطع فى السرقة شرع زاجرا لا مهلكا فاذا لم تكن اليد اليسرى يمكن الانتفاع بها
فقطع اليد اليمنى يقع تفويتا لجنس المنفعة وهى منفعة البطش أصلا فيقع اهلاكا كالنفس من وجه فلا تقطع ولا يقطع
رجله اليسرى أيضاً لانه يذهب أحد الشقين على الكمال فيهلك النفس من وجه ولو كانت اليد اليسرى مقطوعة أصبع
واحدة سوى الابهام تقطع يده اليمنى لان القطع لا يتضمن فوات جنس المنفعه وكذا ان كانت الرجل اليمنى مقطوعة
أو شلاء أو بها عرج يمنع المشى عليها لا تقطع اليد اليمنى لما فيه من فوات الشق ولا رجله اليسرى وان كانت صحيحة
لانه يبقى بلا رجلين فيفوت جنس المنفعة ولو كانت رجله اليمنى مقطوعة الاصابع كلها فان كان يستطيع القيام
والمشى عليها تقطع يده اليمنى لان الجنس لا يفوت وان كان لا يستطيع لا يقطع لفوات الشق ولو كانت يداه صحيحتين
ولكن رجله اليسرى مقطوعة أو شلاء أو مقطوعة الابهام أو الاصابع تقطع يده اليمنى لان جنس المنفعة لا يفوت ولا
فيه فوات الشق أيضاً ولو سرق و يمناه شلاء أو مقطوعة الابهام أو الاصابع لقوله سبحانه وتعالى فاقطعوا أيديهما أى
أيمانهما من غير فصل بين يمين و يمين ولانها لو كانت سليمة تقطع فالناقصة المعيبة أولى بالقطع ثم فرق بين القطع فى
السرقة و بين الاعتاق فى الكفارة حيث جعل فوات اصبعين سوى الابهام من اليد اليسرى نقصانا مانعا من قطع
اليد اليمنى ولم يجعل فوات اصبعين نقصانا مانعا من جواز الاعتاق ما لم يكن ثلاثا (وجه) الفرق ان القطع حد فهذا القدر
من النقصان يورث شبهة بخلاف العتق والله سبحانه وتعالى أعلم ولو قال الحاكم للحداد اقطع يد السارق فقطع اليد
اليسرى فهذا على وجهين اما أن قال اقطع يده مطلقاً واما ان قيده فقال اقطع يده اليمنى فان أطلق فقال له اقطع يده فقطع
اليسرى لا ضمان عليه للحال لانه فعل ما أمر به حيث أمره بقطع اليد وقد قطع اليد وان قيد فقال اقطع يده اليمنى فقطع
اليسرى فان أخرج السارق يده وقال هذا هو يمينى فلا ضمان عليه أيضاً لانه قطع بامره فلا يضمن كمن قال لآخر
اقطع يدى فقطعه لا ضمان عليه كذا هذا وان لم يخرج السارق يده ولم يقل ذلك ولكنه قطع اليسرى خطأ لا
ضمان عليه عند أصحابنا رضى الله عنهم وعند زفر رضى الله عنه يضمن لان الخطأ فى حقوق العباد ليس بعذر (ولنا)
ان هذا خطأ فى الاجتهاد لانه أقام اليسار مقام اليمين باجتهاده متمسكا بظاهر قوله سبحانه وتعالى فاقطعوا أيديهما
من غير فصل بين اليمين واليسار فكان هذا خطأ من المجتهد فى الاجتهاد وانه موضوع وموضوع المسألة فى هذا
الخطا الا فيما اذا أخطأ فظن اليسار يمينا مع اعتقاد وجوب قطع اليمين مع ما ان عند أبى حنيفة رحمه الله لا يضمن هناك
أيضا على ما نبين وان قطع اليسرى عمدا لا ضمان عليه أيضاً عند أبى حنيفة وعندهما يضمن لهما انه تعمد الظلم باقامة
اليسار مقام اليمين فلم يكن معذوراً فيضمن ولابى حنيفة رضى الله عنه انه أتلف وأخلف خيراً مما أتلف فلا يضمن
كرجلين شهدا على رجل ببيع عبد قيمته الف بألفين ثم رجعا انهما لا يضمنان لما قلنا كذا هذا وانما قلنا انه أخلف
خيرا مما أتلف لانه لما قطع اليسرى فقد سلمت له اليمنى لانها لا تقطع بعد ذلك لانه لا يؤتى على أطرافه الاربعة واليمنى
خير من اليسرى ثم على قول أبى حنيفة عليه الرحمة هل يكون هذا القطع وهو قطع اليسرى قطعاً من السرقة حتى اذا
هلك المال فى يد السارق أو استهلكه لا يضمن أولا يكون من السرقة حتى يضمن اختلف المشايخ فيه قال بعضهم
يكون وقال بعضهم لا يكون هذا كله اذا قطع الحداد بامر الحاكم فاما الاجنبى اذا قطع يده اليسرى فان كان خطأ تجب
الدية وان كان عمداً يجب القصاص وسقط عنه القطع فى اليمين لانه لو قطع يؤدى الى اهلاك النفس من وجه على ما بينا

ويرد عليه المسروق ان كان قائماً وعليه ضمانه في الهلاك لان المانع من الضمان هو القطع وقد سقط ولو وجب عليه قطع اليد اليمين في السرقة فلم تقطع حتى قطع قاطع يمينه فهذا على وجهين اما ان يكون قبل الخصومة واما ان يكون بعدها فان كان قبل الخصومة فعلى قاطعه القصاص ان كان عمدا والارش ان كان خطأ وتقطع رجله اليسرى في السرقة كانه سرق ولا يمين له وان كان بعد الخصومة فان كان قبل القضاء فكذلك الجواب الا أنا ههنا لا نقطع رجله اليسرى لانه لما خوصم كان الواجب في اليمين وقد فاتت فسقط الواجب كما لو ذهب بآفة سماوية وان كان بعد القضاء فلا ضمان على القاطع لانه احتسب لاقامة حد الله سبحانه وتعالى فكان قطعه عن السرقة حتى لا يجب الضمان على السارق فيما هلك من مال السرقة في يده أو استهلك وأما الموضع الذي يقطع من اليد اليمنى فهو مفصل الزند عند عامة العلماء رضي الله عنهم وقال بعضهم تقطع الاصابع وقال الخوارج تقطع من المنكب لظاهر قوله سبحانه وتعالى فاقطعوا أيديهما واليد اسم لهذه الجملة والصحيح قولنا لما روي انه عليه الصلاة والسلام قطع يد السارق من مفصل الزند فكان فعله بيانا للمراد من الآية الشريفة كانه نص سبحانه وتعالى فقال فاقطعوا أيديهما من مفصل الزند وعليه عمل الامة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا والله سبحانه وتعالى أعلم وأما بيان من يقيم هذا الحكم فالذي يقيمه الامام أو من ولاه لان هذا حد والمتولي لاقامة الحدود الائمة أو من ولوهم من القضاة والحكام وهذا عندنا وعند الشافعي رحمه الله المولى يملك اقامة الحد على مملوكه والكلام في هذا الفصل استوفيناه في كتاب الحدود واما بيان ما يسقط الحد بعد وجوبه فنقول ما يسقطه بعد وجوبه أنواع منها تكذيب المسروق منه السارق في اقراره بالسرقة بان يقول لم تسرق مني ومنها تكذيبه البينة بان يقول شهد شهودي بزور لانه اذا كذب فقد بطل الاقرار والشهادة فسقط القطع ومنها رجوع السارق عن الاقرار بالسرقة فلا يقطع ويضمن المال لان الرجوع يقبل في الحدود ولا يقبل في المال لانه يورث شبهة في الاقرار والحد يسقط بالشبهة ولا يسقط المال رجلان أقرا بسرقة ثوب يساوي مائة درهم ثم قال أحدهما الثوب ثوبنا لم نسرقه أو قال هذا الى درئ القطع عنهما لانهما لما اقرا بالسرقة فقد ثبتت الشركة بينهما في السرقة ثم لما أنكر أحدهما فقد رجع عن اقراره فبطل الحد عنه برجوعه فيورث شبهة في حق الشريك لاتحاد السرقة ولو قال أحدهما سرقنا هذا الثوب من فلان فكذبه الآخر وقال كذبت لم نسرقه قطع المقر وحده في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف لا يقطع واحد منهما (وجه) قول أبي يوسف أنه أقر بسرقة واحدة بينهما على الشركة فاذا لم تثبت في حق شريكه بانكاره يؤثر ذلك في حق صاحبه ضرورة اتحاد السرقة وهذا بخلاف ما اذا أقر بالزنا بامرأة فانكرت أنه يحد الرجل على أصله لان انكار المرأة لا يؤثر في اقرار الرجل اذ ليس من ضرورة عدم الزنا من جانبها عدمه من جانبه كما لو زنا بصبية أو مجنونة بخلاف الاقرار بالسرقة لان ذلك وجد من أحدهما على وجه الشركة فعدم السرقة من أحدهما يؤثر في حق الآخر (وجه) قول أبي حنيفة أن اقراره بالشركة في السرقة اقرار بوجود السرقة من كل واحد منهما الا أنه لما أنكر صاحبه السرقة لم يثبت منه فعل السرقة وعدم الفعل منه لا يؤثر في وجود الفعل من صاحبه فبقي اقرار صاحبه على نفسه بالسرقة فيؤخذ به بخلاف اقرار الرجل على نفسه بالزنا بامرأة وهي تجحد أنه لا يجب الحد على الرجل على أصله لان الزنا لا يقوم الا بالرجل والمرأة فاذا أنكرت لم يثبت منها فلا يتصور الوجود من الرجل بخلاف الاقرار بالسرقة على ما بينا والله سبحانه وتعالى أعلم (ومنها) رد السارق المسروق الى المالك قبل المرافعة عندهما واحدى الروايتين عن أبي يوسف وروي عنه أنه لا يسقط ولا خلاف في أن الرد بعد المرافعة لا يسقط الحد (وجه) رواية أبي يوسف أن السرقة حين وجودها انعقدت موجبة للقطع فرد المسروق بعد ذلك لا يخل بالسرقة الموجودة فلا يسقط القطع الواجب كما لو رده بعد المرافعة ولهما أن الخصومة شرط لظهور السرقة الموجبة للقطع لما بينا فيما تقدم ولما رد المسروق على المالك فقد بطلت الخصومة بخلاف ما بعد المرافعة لان الشرط وجود الخصومة لا بقاؤها وقد وجدت (ومنها) ملك السارق المسروق قبل القضاء نحو ما اذا وهب المسروق منه

المسروق

المسروق من السارق قبل القضاء وجملة الكلام فيه ان الامر لا يخلو اما ان وهبه منه قبل القضاء واما ان وهبه بعد القضاء قبل الامضاء فان وهبه قبل القضاء يسقط القطع بلا خلاف وان وهبه بعد القضاء قبل الامضاء يسقط عندهما وقال أبو يوسف لا يسقط وهو قول الشافعي رحمهما الله احتج أبو يوسف بما روى أن سارق رداء صفوان أخذ فأتى به الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يقطع يده فقال صفوان يارسول الله انى لم أرد هذا هو عليه صدقة فقال عليه الصلاة والسلام فهلا قبل أن تأتينى به فدل ان الهبة قبل القضاء تسقط وبعده لا تسقط ولان وجوب القطع حكم معلق بوجود السرقة وقد تمت السرقة ووقعت موجبة للقطع لاستجماع شرائط الوجوب فطريان الملك بعد ذلك لا يوجب خللا فى السرقة الموجودة فبقى القطع واجبا كما كان كما لو رد المسروق على المالك بعد القضاء بخلاف ما قبل القضاء لان الخصومة شرط ظهور السرقة الموجبة للقطع عند القاضى وقد بطل حق الخصومة (وجه) قولهما ان القبض شرط لثبوت الملك فى الهبة والملك فى الهبة يثبت من وقت القبض فيظهر الملك له من ذلك الوقت من كل وجه أو من وجه وكون المسروق ملكا للسارق على الحقيقة أو الشبهة يمنع من القطع ولهذا لم يقطع قبل القضاء فكذلك بعده لان القضاء فى باب الحدود امضاؤها فما لم يمض فكأنه لم يقض ولو كان لم يقض أليس انه لا يقطع فكذا اذا لم يمض ولان الطارئ فى باب الحدود ملحق بالمقارن اذا كان فى الالحاق اسقاط الحد وههنا فيه اسقاط الحد فيلحق به (وأما) الحديث فلا حجة له فيه لان المروى قوله هو عليه صدقة وقوله هو يحتمل انه أراد به المسروق ويحتمل انه أراد به القطع وهبة القطع لا تسقط الحد دل عليه انه روى فى بعض الروايات انه قال وهبت القطع وكذا يحتمل انه تصدق عليه بالمسروق أو وهبه منه ولكنه لم يقبضه والقطع انما يسقط بالهبة مع القبض وعلى هذا اذا باع المسروق من السارق قبل القضاء أو بعده على الاتفاق والاختلاف ولو زنى بامرأة ثم تزوجها لا يسقط الحد لان الملك الثابت بالنكاح لا يحتمل الاستناد الى وقت الوطء فلا تثبت الشبهة فى الزنا فيحد (وأما) حكم السقوط بعد الثبوت لمانع وهو الشبهة وغيرها فدخول المسروق فى ضمان السارق حتى لو هلك فى يده بنفسه أو استهلكه السارق يضمن لان المانع من الضمان هو القطع فاذا سقط القطع زال المانع فيضمن والله تعالى أعلم والثانى وجوب رد عين المسروق على صاحبه اذا كان قائما بعينه وجملة الكلام فيه ان المسروق فى يد السارق لا يخلو اما ان كان على حاله لم يتغير واما ان أحدث السارق فيه حدثا فان كان على حاله رده على المالك لما روى عن النبى عليه الصلاة والسلام انه قال على اليد ما أخذت حتى ترده وروى انه عليه الصلاة والسلام قال من وجد عين ماله فهو أحق به وروى انه عليه الصلاة والسلام رد رداء صفوان رضى الله عنه عليه وقطع السارق فيه وكذلك ان كان السارق قد ملك المسروق رجلا ببيع أو هبة أو صدقة أو تزوج امرأة عليه أو كان السارق امرأته فاختلعت من نفسها به وهو قائم فى يد المالك فلصاحبه أن يأخذه لانه ملكه اذ السرقة لا توجب زوال الملك عن العين المسروقة فكان تمليك السارق باطلا ويرجع المشترى على السارق بالثمن الذى اشتراه به لما مر فان كان قد هلك فى يدى القابض وكان البيع قبل القطع أو بعده فلا ضمان لا على السارق ولا على القابض لما بينا فيما تقدم وان أحدث السارق فيه حدثا لا يخلو اما أن أحدث حدثا أوجب النقصان واما ان أحدث حدثا أوجب الزيادة فان أحدث حدثا أوجب النقصان يقطع وتسترد العين على المالك وليس عليه ضمان النقصان لان نقصان المسروق هلاك بعضه ولو هلك كله يقطع ولا ضمان عليه كذا اذا هلك البعض ويرد العين لان القطع لا يمنع الرد ألا ترى انه لا يمنع رد الكل فكذا البعض وان أحدث حدثا أوجب الزيادة فالاصل فى هذا ان السارق اذا أحدث فى المسروق حدثا لو أحدثه الغاصب فى المغصوب لا يقطع حق المالك ينقطع حق المسروق منه والا فلا الا أن فى باب الغصب يضمن الغاصب للمالك مثل المغصوب أو قيمته وههنا لا يضمن السارق لمانع وهو القطع اذا عرف هذا فنقول السارق اذا قطع الثوب المسروق وخاطه قميصا انقطع حق المالك لانه لو فعله الغاصب لا نقطع حق المغصوب منه كذا اذا فعله السارق ولا

ضمان على السارق لما بينا ولو صبغه أحمر أو أصفر فكذلك لا سبيل للمالك على العين المسروقة فى قول أبى حنيفة رحمه الله وفى قولهما يأخذ المالك الثوب و يعطيه مازاد الصبغ فيه (وجه) قولهما انه لو وجد هذا من الغاصب لخير المالك بين أن يضمن الغاصب قيمة الثوب و بين أن يأخذ الثوب و يعطيه مازاد الصبغ فيه الا أن التضمين ههنا متعذر لضرورة القطع فتعين الوجه الآخر وهو أن يأخذ الثوب و يعطيه مازاد الصبغ فيه اذ الغصب والسرقة لا يختلفان فى هذا الباب الا فى الضمان ولأبى حنيفة الفرق بين الغصب والسرقة ههنا وهو أن حق المغصوب منه انما لم ينقطع عن الثوب بالصبغ لان أصل الثوب ملكه وهو متقوم وللغاصب فيه حق متقوم أيضا الا انا أثبتنا الخيار للمالك لا للغاصب لان المالك صاحب أصل والغاصب صاحب وصف وههنا حق السارق فى الصبغ متقوم وحق المالك فى أصل الثوب ليس بمتقوم فى حق السارق لاجل القطع ألا ترى أنه لو أتلفه السارق لاضمان عليه فاعتبر حق السارق وجعل حق المالك فى الاصل تبعا لحقه فى الوصف وتعذر تضمينه لضرورة القطع فيكون له مجانا ولكن لا يحل له أن ينتفع بهذا الثوب بوجه من الوجوه كذا قال أبو حنيفة رحمه الله لان الثوب على ملك المسروق منه الا أنه تعذر رده وتضمينه فى الحكم والقضاء فلم يملكه السارق لا يحل له الانتفاع به لانه ملكه بوجه محظور من غير بدل لتعذر ايجاب الضمان فلا يباح له الانتفاع به و يجوز أن يصير مال انسان فى يد غيره على وجه يخرج من أن يكون واجب الرد والضمان اليه من طريق الحكم والقضاء لكن لا يحل له الانتفاع به فيما بينه و بين الله تبارك وتعالى كالمسلم اذا دخل دار الحرب بامان فاخذ شيأ من أموالهم لا يحكم عليه بالرد و يلزمه ذلك فيما بينه و بين الله جل جلاله وكذلك الباغى اذا أتلف مال العادل ثم تاب لا يحكم عليه بالضمان و يفتى به فيما بينه و بين الله تبارك وتعالى وكذلك الحربى اذا أتلف شيأ من مال ثم أسلم لا يحكم عليه بالرد و يفتى بذلك فيما بينه و بين الله جلت عظمته وكذلك السارق اذا استهلك المسروق لا يقضى عليه بالضمان ولكن يفتى به فيما بينه و بين الله تعالى وكذا قاطع الطريق اذا قتل انسانا بعصا ثم جاء تائبا بطل عنه الحد و يؤمر باداء الدية الى ولى القتيل ولو قتل حربى مسلما بعصا ثم أسلم لا يفتى بدفع الدية الى الولى بخلاف الباغى وقاطع الطريق والفرق أن القتل من الحربى لم يقع سببا لوجوب الضمان لان عصمة المقتول لم تظهر فى حقه فلا يجب بالاسلام لانه يجب ماقبله وقال الله تعالى قل للذين كفروا ان ينتهوا يغفر لهم ماقد سلف بخلاف قاطع الطريق لان فعله وقع سببا لوجوب الضمان الا أنه لا يحكم بالضمان لمانع وهو ضرورة اقامة الحد الا أن الحد اذا لم يجب لشبهة يحكم بالضمان فيظهر أثر المانع فى الحكم والقضاء لا فى الفتوى وكذا فعل الباغى وقع سببا لوجوب الضمان لكن لم يحكم بالوجوب لمانع وهو عدم الفائدة لقيام المنعة وهذا المانع يخص الحكم والقضاء فكان الوجوب ثابتا عند الله سبحانه وتعالى فيقضى به وعلى هذا يخرج ما اذا سرق نقرة فضة فضربها دراهم أنه يقطع والدراهم ترد على صاحبها فى قول أبى حنيفة وعندهما ينقطع حق المالك عن الدراهم بناء على أن هذا الصنع لا يقطع حق المالك فى باب الغصب عنده وعندهما ينقطع ولو سرق حديدا أو صفرا أو نحاسا أو ما أشبه ذلك فضربها أوانى ينظر ان كان بعد الصناعة والضرب تباع وزنا فهو على الاختلاف الذى ذكرنا وان كان تباع عددا فيقطع حق المالك بالاجماع كما فى الغصب وعلى هذا اذا سرق حنطة فطحنها وغير ذلك من هذا الجنس وسنذكر جملة ذلك فى كتاب الغصب ان شاء الله تعالى والله أعلم بالصواب

﴿ كتاب قطاع الطريق ﴾

الكلام فى هذا الكتاب على نحو الكلام فى كتاب السرقة وذلك فى أربعة مواضع فى بيان ركن قطع الطريق وفى بيان شرائط الركن وفى بيان ما يظهر به قطع الطريق عند القاضى وفى بيان حكم قطع الطريق

﴿ فصل ﴾ أما ركنه فهو الخروج على المارة لاخذ المال على سبيل المغالبة على وجه يمتنع المارة عن المرور و ينقطع الطريق سواء كان القطع من جماعة أو من واحد بعد أن يكون له قوة القطع وسواء كان القطع بسلاح أو غيره من العصا

والحجر والخشب ونحوها لان انقطاع الطريق يحصل بكل من ذلك وسواء كان بمباشرة الكل او التسبيب من البعض بالاعانة والاخذ لان القطع يحصل بالكل كما فى السرقة ولان هذا من عادة القطاع أعنى المباشرة من البعض والاعانة من البعض بالتسمير للدفع فلو لم يلحق التسبب بالمباشرة فى سبب وجوب الحد لادى ذلك الى انفتاح باب قطع الطريق وانسداد حكمه وأنه قبيح ولهذا الحق التسبب بالمباشرة فى السرقة كذا ههنا

﴿ فصل ﴾ وأما الشرائط فانواع بعضها يرجع الى القاطع خاصة و بعضها يرجع الى المقطوع عليه خاصة و بعضها يرجع اليهما جميعا و بعضها يرجع الى المقطوع له و بعضها يرجع الى المقطوع فيه (اما) الذى يرجع الى القاطع خاصة فانواع (منها) أن يكون عاقلا (ومنها) أن يكون بالغا فان كان صبيا أو مجنونا فلا حد عليهما لان الحد عقوبة فيستدعى جناية وفعل الصبي والمجنون لا يوصف بكونه جناية ولهذا لم يتعلق به القطع فى السرقة كذا هذا ولو كان فى القطاع صبي أو مجنون فلا حد على أحد فى قولهما وقال أبو يوسف رحمه الله ان كان الصبي هو الذى يلى القطع فكذلك وان كان غيره حد العقلاء البالغين وقد ذكرنا المسئلة فى كتاب السرقة (ومنها) الذكورة فى ظاهر الرواية حتى لو كانت فى القطاع امرأة فوليت القتال وأخذ المال دون الرجال لا يقام الحد عليها فى الرواية المشهورة وذكر الطحاوى رحمه الله وقال النساء والرجال فى قطع الطريق سواء وعلى قياس قوله تعالى يقام الحد عليها وعلى الرجال (وجه) ما ذكره الطحاوى أن هذا حد يستوى فى وجوبه الذكر والانثى كسائر الحدود ولان الحد ان كان هو القطع فلا يشترط فى وجوبه الذكورة والانوثة كسائر الحدود فلا يشترط فى وجوبه الذكورة كحد السرقة وان كان هو القتل فكذلك كحد الزنا وهو الرجم اذا كانت محصنة (وجه) الرواية المشهورة أن ركن القطع وهو الخروج على المارة على وجه المحاربة والمغالبة لا يتحقق من النساء عادة لرقة قلوبهن وضعف بنيتهن فلا يكن من اهل الحراب ولهذا لا يقتلن فى دار الحرب بخلاف السرقة لانها أخذ المال على وجه الاستخفاء ومسارقة الاعين والانوثة لا تمنع من ذلك وكذا أسباب سائر الحدود تتحقق من النساء كما تتحقق من الرجال (وأما) الرجال الذين معها فلا يقام عليهم الحد فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله سواء باشروا معها أو لم يباشروا فرق أبو يوسف بين الصبي و بين المرأة حيث قال اذا باشر الصبي لا حد على من لم يباشر من العقلاء البالغين واذا باشرت المرأة تحد الرجال (ووجه) الفرق له أن امتناع الوجوب على المرأة ليس لعدم الاهلية لانها من أهل التكليف ألا ترى أنه تتعلق سائر الحدود بفعلها بل لعدم المحاربة منها أو نقصانها عادة وهذا لم يوجد فى الرجال فلا يمتنع وجوب الحد عليهم وامتناع الوجوب على الصبي لعدم أهلية الوجوب لانه ليس من أهل الايجاب عليه ولهذا لم يجب عليه سائر الحدود فاذا انتفى الوجوب عليه وهو أصل امتنع التبع ضرورة (وجه) قولهما أن سبب الوجوب شئ واحد وهو قطع الطريق وقد حصل ممن يجب عليه وممن لا يجب عليه فلا يجب أصلا كما اذا كان فيهم صبي أو مجنون والله سبحانه وتعالى (وأما) الحرية فليست بشرط لعموم قوله تبارك وتعالى انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله و يسعون فى الارض فسادا الآية من غير فصل بين الحر والعبد ولان الركن وهو قطع الطريق يتحقق من العبد حسب تحققه من الحر فيلزمه حكمه كما يلزم الحر وكذلك الاسلام لما قلنا والله تعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما الذى يرجع الى المقطوع عليه خاصة فنوعان أحدهما أن يكون مسلما أو ذميا فان كان حربيا مستأمنا لا حد على القاطع لان مال الحربى المستأمن ليس بمعصوم مطلق بل فى عصمته شبهة العدم لانه من أهل دار الحرب وانما العصمة بعارض الامان مؤقتة الى غاية العود الى دار الحرب فكان فى عصمته شبهة الاباحة فلا يتعلق الحد بالقطع عليه كما لا يتعلق بسرقة ماله بخلاف الذمى لان عقد الذمة أفاد له عصمة ماله على التأبيد فتعلق الحد بأخذه كما يتعلق بسرقته والثانى أن تكون يده صحيحة بأن كانت يد ملك أو يد أمانة أو يد ضمان فان لم تكن صحيحة كيد السارق لا حد على القاطع كما لا حد على السارق على ما مر فى كتاب السرقة والله تعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما الذى يرجع اليهما جميعا فواحد وهو أن لا يكون فى القطاع ذو رحم محرم من أحد من المقطوع عليهم

فان كان لا يجب الحد لان بينهما تبسطاً فى المال والحرز لوجود الاذن بالتناول عادة فقد أخذ مالا لم يحرزه عنه الحرز المبنى فى الحضر ولا السلطان الجارى فى السفر فاورث ذلك شبهة فى الاجانب لاتحاد السبب وهو قطع الطريق وكان الجصاص يقول جواب الكتاب محمول على ما اذا كان المأخوذ مشتركا بين المقطوع عليهم وفى القطاع من هو ذو رحم محرم من أحدهم فأما اذا كان لكل واحد منهم مال مفرز يجب الحد على الباقين وجواب الكتاب مطلق عن هذا التفصيل والله تعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما الذى يرجع الى المقطوع له فما ذكر فى كتاب السرقة وهو أن يكون المأخوذ مالا متقوما معصوما ليس فيه لاحد حق الاخذ ولا تأويل التناول ولا تهمة التناول مملوكا لا ملك فيه للقاطع ولا تأويل الملك ولا شبهة الملك محرزا مطلقا بالحافظ ليس فيه شبهة العدم نصابا كاملا عشرة دراهم أو مقدراً بها حتى لو كان المال المأخوذ لا يصيب كل واحد من القطاع عشرة لا حد عليهم وقد ذكرنا دلائل هذه الشرائط والمسائل التى تخرج عليها فى كتاب السرقة وشرط الحسن بن زياد فى نصاب قطع الطريق أن يكون عشرين درهما فصاعداً وقال عيسى بن زياد ان قتلوا اقتلوا وان كان ما أخذ كل واحد منهم أقل من عشرة (وجه) قول الحسن ان الشرع قدر نصاب السرقة بعشرة والواجب فيها قطع طرف الواحد وههنا يقطع طرفان فيشترط نصابان وذلك عشرون (وجه) قول عيسى رحمه الله انا أجمعنا على أنهم لو قتلوا ولم يأخذوا المال أصلا قتلوا فاذا أخذوا شيأ من المال وان قل أولى أن يقتلوا (ولنا) الفرق بين النوعين وهو أنهم لما قتلوا ولم يأخذوا المال أصلا علم أن مقصودهم القتل لا المال والقتل جناية متكاملة فى نفسها فيجازى بعقوبة متكاملة وهى القتل ولما أخذوا المال وقتلوا دل أن مقصودهم المال وانما قتلوا ليتمكنوا من أخذ المال وأخذ المال لا يتكامل جناية الا اذا كان المأخوذ نصابا كما فى السرقة والله تعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما الذى يرجع الى المقطوع فيه وهو المكان فنوعان أحدهما ان يكون قطع الطريق فى دار الاسلام فان كان فى دار الحرب لا يجب الحد لان المتولى لاقامة الحد هو الامام وليس له ولاية فى دار الحرب فلا يقدر على الاقامة فالسبب حين وجوده لم ينعقد سبباً للوجوب لعدم الولاية فلا يستوفيه فى دار الاسلام ولهذا لا يستوفى سائر الحدود فى دار الاسلام اذا وجد أسبابها فى دار الحرب كذا هذا والثانى أن يكون فى غير مصر فان كان فى مصر لا يجب الحد سواء كان القطع نهاراً أو ليلا وسواء كان بسلاح أو غيره وهذا استحسان وهو قولهما والقياس ان يجب وهو قول أبى يوسف (وجه) القياس أن سبب الوجوب قد تحقق وهو قطع الطريق فيجب الحد كما لو كان فى غير مصر (وجه) الاستحسان أن القطع لا يحصل بدون الانقطاع والطريق لا ينقطع فى الامصار وفيما بين القرى لان المارة لا تمتنع عن المرور عادة فلم يوجد السبب وقيل انما أجاب أبو حنيفة عليه الرحمة على ما شاهده فى زمانه لان أهل الامصار كانوا يحملون السلاح فالقطاع ما كانوا يتمكنون من مغالبتهم فى المصر والآن ترك الناس هذه العادة فتمكنهم المغالبة فيجرى عليهم الحد وعلى هذا قال أبو حنيفة رحمه الله فيمن قطع الطريق بين الحيرة والكوفة انه لا يجرى عليه الحد لان الغوث كان يلحق هذا الموضع فى زمانه لاتصاله بالمصر والآن صار ملتحقا بالبرية فلا يلحق الغوث فيتحقق قطع الطريق والثالث أن يكون بينهم و بين المصر مسيرة سفر فان كان أقل من ذلك لم يكونوا قطاع الطريق وهذا على قولهما فاما على قول أبى يوسف فليس بشرط و يكونون قطاع الطريق والوجه ما بينا فيجب الحد وروى عن أبى يوسف فى قطاع الطريق فى المصر ان قاتلوا نهارا بسلاح يقام عليهم الحد وان خرجوا بخشب لهم لم يقم عليهم لان السلاح لا يلبث فلا يلحق الغوث والخشب يلبث فالغوث يلحق وان قاتلوا ليلا بسلاح أو بخشب يقام عليهم الحد لان الغوث قلما يلحق بالليل فيستوى فيه السلاح وغيره والله سبحانه وتعالى أعلم ولو أشهر على رجل سلاحا نهاراً أو ليلا فى غير مصر أو فى مصر فقتله المشهور عليه عمداً فلا شئ عليه وكذلك ان شهر عليه عصا ليلا فى غير مصر أو فى مصر وان كان نهارا فى مصر فقتله المشهور عليه يقتل به والاصل فى هذا ان من قصد قتل

انسان لا يهدر دمه ولكن ينظر ان كان المشهور عليه يمكنه دفعه عن نفسه بدون القتل لا يباح له القتل وان كان لا يمكنه الدفع الا بالقتل يباح له القتل لانه من ضرورات الدفع فان شهر عليه سيفه يباح له أن يقتله لانه لا يقدر على الدفع الا بالقتل ألا ترى انه لو استغاث الناس لقتله قبل ان يلحقه الغوث اذ السلاح لا يلبث فكان القتل من ضرورات الدفع فيباح قتله فاذا قتله فقد قتل شخصا مباح الدم فلا شئ عليه وكذا اذا اشهر عليه العصا ليلا لان الغوث لا يلحق بالليل عادة سواء كان فى المفازة أو فى المصر وان أشهر عليه نهارا فى المصر لا يباح قتله لانه يمكنه دفع شره بالاستغاثة بالناس وان كان فى المفازة يباح قتله لانه لا يمكنه الاستغاثة فلا يندفع شره الا بالقتل فيباح له القتل وروى أبو يوسف عن أبى حنيفة رضى الله عنهما انه لو قصد قتله بما لو قتله به لوجب عليه القصاص فقتله المقصود قتله لا يجب عليه القصاص لانه يباح قتله اذ لو لم يبح لقتله القاصد واذا قتله يقتل به قصاصا فكان فيه اتلاف نفسين فاذا أبيح قتله كان فيه اتلاف أحدهما فكان أهون ولو قصد قتله بما لو قتله به لكان لا يجب القصاص لا يباح للمقصود قتله أن يقتل القاصد فان قتله يجب عليه القصاص لانه ليس فى ترك الاباحة ههنا اتلاف نفس فلا يباح فاذا قتله فقد قتل شخصا معصوم الدم على الابد فيجب القصاص والله تعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما يظهر به القطع عند القاضى فالذى يظهر به البينة أو الاقرار عقيب خصومة صحيحة ولا يظهر بعلم القاضى على ما ذكرنا فى كتاب السرقة والله تعالى اعلم

(فصل) وأما حكم قطع الطريق فله حكمان أحدهما يتعلق بالنفس والآخر يتعلق بالمال أما الذى يتعلق بالنفس فهو وجوب الحد والكلام فى هذا الحكم فى مواضع فى بيان أصل هذا الحكم وفى بيان صفاته وفى بيان محل اقامته وفى بيان من يقيمه وفى بيان ما يسقطه بعد الوجوب وفى بيان حكم السقوط بعد الوجوب اوعدم الثبوت لمانع أما أصل الحكم الذى يتعلق بالنفس فلن يمكن الوصول الى معرفته الا بعد معرفة أنواع قطع الطريق لانه يختلف باختلاف انواعه فنقول وبالله التوفيق قطع الطريق أربعة أنواع اما ان يكون بأخذ المال لا غير واما ان يكون بالقتل لا غير واما ان يكون بهما جميعا واما ان يكون بالتخويف من غير أخذ ولا قتل فن أخذ المال ولم يقتل قطعت يده ورجله من خلاف ومن قتل ولم يأخذ المال قتل ومن أخذ المال وقتل قال أبو حنيفة رضى الله عنه الامام بالخيار ان شاء قطع يده ورجله ثم قتله أو صلبه وان شاء لم يقطعه وقتله أو صلبه وقيل ان تفسير الجمع بين القطع والقتل عند أبى حنيفة رحمه الله هو ان يقطعه الامام ولا يحسم موضع القطع بل يتركه حتى يموت وعندهما يقتل ولا يقطع ومن أخاف ولم يأخذ مالا ولا قتل نفسا ينفى وقال مالك رحمه الله فى قاطع الطريق مخير بين الاجزية المذكورة والاصل فيه قوله عز وجل انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون فى الارض فسادا أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الارض احتج مالك رحمه الله بظاهر الآية وهو ان الله تبارك وتعالى ذكر الاجزية فيها بحرف أو وانها للتخيير كما فى كفارة اليمين وكفارة جزاء الصيد فيجب العمل بحقيقة هذا الحرف الا حيث قام الدليل بخلافها (ولنا) أنه لا يمكن اجراء الآية على ظاهر التخيير فى مطلق المحارب لان الجزاء على قدر الجناية يزداد بزيادة الجناية وينتقص بنقصانها هذا هو مقتضى العقل والسمع أيضا قال الله تبارك وتعالى وجزاء سيئة سيئة مثلها فالتخيير فى الجناية القاصرة بالجزاء فى الجزاء الذى هو جزاء فى الجناية الكاملة وفى الجناية الكاملة بالجزاء الذى هو جزاء فى الجناية القاصرة خلاف المشروع يحققه ان الامة اجتمعت على ان القطاع لو أخذوا المال وقتلوا لا يجازون بالنفى وحده وان كان ظاهر الآية يقتضى التخيير بين الاجزية الاربع دل أنه لا يمكن العمل بظاهر التخيير على أن التخيير الوارد فى الاحكام المختلفة من حيث الصورة بحرف التخيير انما يجرى على ظاهره اذا كان سبب الوجوب واحدا كما فى كفارة اليمين وكفارة جزاء الصيد أما اذا كان مختلفا فيخرج مخرج بيان الحكم لكل فى نفسه كما فى قوله تعالى قلنا ياذا القرنين اما أن تعذب واما أن تتخذ فيهم حسنا ان ذلك ليس للتخيير بين المذكورين بل لبيان

الحكم لكل فى نفسه لاختلاف سبب الوجوب وتأويله اما أن تعذب من ظلم أو تتخذ الحسن فيمن آمن وعمل صالحا ألا ترى الى قوله أما من ظلم فسوق نعذبه الآية وأما من آمن وعمل صالحا فله جزاء الحسنى الآية وقطع الطريق متنوع فى نفسه وان كان متحدا من حيث الذات قد يكون بأخذ المال وحده وقد يكون بالقتل لا غير وقد يكون بالجمع بين الامرين وقد يكون بالتخويف لا غير فكان سبب الوجوب مختلفا فلا يحمل على التخيير بل على بيان الحكم لكل نوع او يحتمل هذا او يحتمل ماذكرتم فلا يكون حجة مع الاحتمال واذا لم يمكن صرفت الآية الشريفة الى ظاهر التخيير فى مطلق المحارب فاما أن يحمل على الترتيب ويضمر فى كل حكم مذكور نوع من أنواع قطع الطريق كانه قال سبحانه وتعالى انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون فى الارض فسادا ان يقتلوا أو يصلبوا ان أخذوا المال وقتلوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف ان أخذوا المال لا غير أو ينفوا من الارض ان أخافوا هكذا ذكر سيدنا جبريل عليه الصلاة والسلام لرسول الله صلى الله عليه وسلم لما قطع أبو بردة رضى الله عنه بأصحابه الطريق على أناس جاؤا يريدون الاسلام أن من قتل قتل ومن أخذ المال ولم يقتل قطعت يده ورجله من خلاف ومن قتل وأخذ المال صلب ومن جاء مسلما هدم الاسلام ما كان قبله من الشرك والى هذا التأويل يذهب عبد الله بن عباس رضى الله عنهما وابراهيم النخعى واما ان يعمل بظاهر التخيير بين الاجزية الثلاثة لكن فى محارب خاص وهو الذى أخذ المال وقتل فكان العمل بظاهر التخيير على هذا الوجه أقرب من ظاهر الآية لان الله تبارك وتعالى جمع بين القتل وقطع الطريق فى الذكر بقوله تبارك وتعالى انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون فى الارض فسادا فالمحاربة هى القتل والفساد فى الارض هو قطع الطريق فأوجب سبحانه وتعالى أحد الاجزية من الفعلين بما ذكر وفيه عمل بحقيقة حرف التخيير وعمل بحقيقة ما أضيف اليه الجزاء وهو ماذكر سبحانه وتعالى من المحاربة والسعى فى الارض بالفساد فكان أقرب الى ظاهر الآية الى هذا التأويل يذهب الحسن وابن المسيب ومجاهد وغيرهم رضى الله عنهم ثم أبو يوسف ومحمد رحمهما الله أخذا بالتأويل الاول وهو تأويل الترتيب فى المحارب اذا أخذ المال وقيل انه يقتل لا غير لان سيدنا جبريل عليه الصلاة والسلام ذكر لرسول الله صلى الله عليه وسلم على ما مر وحد قطاع الطريق لم يعرف الا بهذا النص ولان أخذ المال والقتل جناية واحدة وهى جناية قطع الطريق فلا يقابل الا بعقوبة واحدة والقتل والقطع عقوبتان على انهما ان كانتا جنايتين يجب بكل واحدة منهما جزاء عند الانفراد حقا لله تعالى لكنهما اذا اجتمعا يدخل ما دون النفس فى النفس كالسارق اذا زنى وهو محصن وكمن زنا وهو غير محصن ثم احصن فزنى انه يرجم لا غير كذا ههنا ولانه لا فائدة فى اقامة القطع لان ما هو المقصود من الحد وهو الزجر وما هو غير مقصود به وهو التكفير يحصل بالقتل وحده فلا يفيد القطع فلا يشرع وأبو حنيفه رحمه الله أخذ بالتأويل الثانى وهو التخيير بين الاجزية الثلاثة فى المحارب الذى جمع بين أخذ المال والقتل وهو أحق التأويلين للآية لما ذكرنا ان فيه عملا بحقيقة حرف التخيير وبحقيقة ما أضيف اليه الجزاء وهو المحاربة والسعى فى لارض بالفساد فكان أقرب الى ظاهر الآية وانما عرفنا حكم أخذ المال وحده وحكم القتل وحده لا بهذه الآية الشريفة ولكن بحديث سيدنا جبريل عليه الصلاة والسلام أو غيره أو بالاستدلال بحالة الاجتماع وهو انه لما وجب الجمع بين الموجبين عند وجود القطعين يجب القبول بافراد كل واحد منهما عند الانفراد ويمكن أن يقال انه يقول فى تأويل الآية الكريمة بالترتيب فيوجب الصلب بظاهر الآية الشريفة والقطع بالاستدلال بحالة الانفراد انه يجب على كل واحد منهما فعند الاجتماع يجب ان يجمع الا ان فى بعض المواضع قام دليل اسقاط الاخف ولم يقم ههنا بل قام دليل الوجوب لان مبنى هذا الباب على التغليظ ألا ترى انه يجمع بين قطع اليد والرجل فى أخذ المال ولا يجمع بينهما فى أخذ المال فى المصر وكذلك يصلب فى القتل وحده ههنا ولم يجب ان يصلب فى غيره من القتل فى المصر فكذا جاز ان يجمع بين الموجبين عند مباشرة النوعين ههنا دون سائر المواضع والله سبحانه

وتعالى اعلم وأما كيفية الصلب فقد روى عن أبى يوسف رحمه الله أنه يصلب حيا ثم يطعن برمح حتى يموت وكذا ذكر الكرخى وعن أبى عبيد انه يقتل ثم يصلب وكذا ذكر الطحاوى رحمه الله لان الصلب حيا من باب المثلة وقد نهى النبى عليه الصلاة والسلام عن المثلة والصحيح هو الاول لان الصلب فى هذا الباب شرع لزيادة فى العقوبة تغليظا والميت ليس من أهل العقوبة ولانه لوجاز ان يقال يصلب بعد الموت لجاز أن يقال تقطع يده ورجله من خلاف بعد الموت وذلك بعيد فكذا هذا والمراد من المثلة فى الحديث قطع بعض الجوارح كذا قاله محمد رحمه الله وقيل اذا صلبه الامام تركه ثلاثة أيام عبرة للخلق ثم يخلى بينه و بين أهله لانه بعد الثلاث يتغير فيتضرر به الناس وأما النفى فى قوله تبارك وتعالى أو ينفوا من الارض فقد اختلف أهل التاويل فيه قال بعضهم المراد منه و ينفوا من الارض بحذف الالف ومعناه و ينفوا من الارض بالقتل والصلب اذ هوالنفى من وجه الارض حقيقة وهذا على قول من تأول الآية الشريفة فى المحارب الذى أخذ المال وقيل ان الامام يكون مخيرا بين الاجزية الثلاثة والنفى من الارض ليس غير واحد من هذه الثلاثة فى التخيير لان بالقتل والصلب يحصل النفى فكذا لا يجوز أن يجعل النفى مشاركا الاجزية الثلاثة فى التخيير لانه لا يزاحم القتل لانه دونه بكثير وقيل نفيه ان يطرد حتى يخرج من دار الاسلام وهو قول الحسن وعن ابراهيم النخعى رحمه الله فى رواية أن نفيه طلبه و به قال الشافعى رحمه الله أنه يطلب فى كل بلد والقولان لا يصحان لانه ان طلب فى البلد الذى قطع الطريق ونفى عنه فقد ألقى ضرره الى بلد آخر وان طلب من كل بلد من بلاد الاسلام ونفى عنه يدخل دار الحرب وفيه تعريض له على الكفر وجعله حربا لنا وهذا لا يجوز وعن النخعى رحمه الله فى رواية أخرى انه يحبس حتى يحدث توبة وفيه نفى عن وجه الارض مع قيام الحياة الا عن الموضع الذى حبس فيه ومثل هذا فى عرف الناس يسمى نفيا عن وجه الارض وخروجا عن الدنيا كما انشد لبعض المحبوسين

خرجنا من الدنيا ونحن من اهلها * فلسنا من الاحياء فيها ولا الموتى

اذا جاءنا السجان يوما لحاجة * عجبنا وقلنا جاء هذا من الدنيا

﴿ فصل ﴾ وأما صفات هذا الحكم فانواع منها انه ينفى وجوب ضمان المال والجراحات عمدا كانت الجراحة أو خطأ أما المال فلانه لا يجمع بين الحد والضمان عندنا وأما الجراحات اذا كانت خطأ فلانها توجب الضمان وان كانت عمدا فلان الجناية فيما دون النفس يسلك بها مسلك الاموال ولا يجب ضمان المال فكذا ضمان الجراحات وقد ذكرنا ما يتعلق من المسائل بهذا الاصل فى كتاب السرقة ومنها أن يجرى فيها التداخل حتى لو قطع قطعات فرفع فى بعضها فقطعت يده و رجله فيما رفع فيه كان ذلك للقطعات كلها كما فى السرقة الا أن ثمة التداخل لاحتمال عدم الفائدة مع بقاء محل القطع وهو الرجل اليسرى وههنا التداخل لعدم المحل والكلام فى الضمان فيما لم يخاصم فيه ماهو الكلام فى السرقة انه اذا كان المال قائما يرده وان كان هالكا فعلى الاختلاف الذى ذكرنا فى كتاب السرقة ومنها انه لا يحتمل العفو والاسقاط والابراء والصلح عنه فكل ما وجب على قاطع الطريق من قتل اوقطع اوصلب يستوفى منه سواء عفا الاولياء وأرباب الاموال عن ذلك أولم يعفوا وسواء أبرؤا منه اوصالحوا عليه وليس للامام أيضا اذا ثبت ذلك عنده تركه واسقاطه والعفو عنه لان الواجب حد والحدود حقوق الله تبارك وتعالى فلا يعمل فيها العبد ولا صلحه ولا الابراء عنها

﴿ فصل ﴾ وأما محل اقامة هذا الحكم فنقول محل اقامة هذا الحكم يختلف باختلاف الحكم فان كان الحكم هو القتل بان قتل أو أخذ المال وقتل أو الحبس بان لم يأخذ المال ولم يقتل ولكنه خوف لا غير فمحل اقامته النفس وان كان الحكم هو القطع بان أخذ المال لا غير فمحل اقامته اليد اليمين والرجل اليسرى لقوله تبارك وتعالى أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف و يعتبر فى ذلك سلامة اليد اليسرى والرجل اليمنى على ماذكرنا فى كتاب السرقة وكذلك حكم فعل الحداد اذا قطع اليد اليسرى مكان اليمنى متعمدا أو مخطئا وحكم فعل الاجنبى اذا قطع اليد اليسرى خطأ أو عمدا هنا

مثل الحكم فى السرقة وقد استوفينا الكلام فيه فى كتاب السرقة وكذا محل القطع من اليد اليمنى هو المفصل كما فى السرقة والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان من يقيم هذا الحكم فالذى يقيمه الامام أو من ولاه الامام الاقامة ليس الى الاولياء ولا الى أرباب الاموال شىء بل يقيمه الامام طالب الاولياء وأرباب الاموال بالاقامة أو لم يطالبوا وهذا عندنا وعند الشافعى رحمه الله المولى يملك اقامة الحد على مملوكه من غير تولية الامام والكلام فى هذا الفصل على الاستقصاء ذكرناه فى كتاب الحدود

﴿فصل﴾ وأما بيان ما يسقط هذا الحكم بعد وجوبه فالمسقط له بعد الوجوب أشياء ذكرناها فى كتاب السرقة (منها) تكذيب المقطوع عليه القاطع فى اقراره بقطع الطريق انه لم يقطع عليه الطريق (ومنها) رجوع القاطع عن اقراره بقطع الطريق (ومنها) تكذيب المقطوع عليه البينة (ومنها) ملك القاطع المقطوع له وهو المال قبل الترافع أو بعده على التفصيل على الاختلاف الذى ذكرناه فى كتاب السرقة (ومنها) توبة القاطع قبل أن يقدر عليه لقوله تعالى الا الذين تابوا من قبل ان تقدروا عليهم فاعلموا ان الله غفور رحيم أى رجعوا عما فعلوا فندموا على ذلك وعزموا على أن لا يفعلوا امثاله فى المستقبل فدلت هذه الآية الشريفة على أن قاطع الطريق اذا تاب قبل ان يظفر به يسقط عنه الحد وتوبته برد المال على صاحبه ان كان أخذ المال لا غير مع العزم على أن لا يفعل مثله فى المستقبل ويسقط عنه القطع أصلا ويسقط عنه القتل حداً وكذلك ان أخذ المال وقتل حتى لم يكن للامام ان يقتله ولكن يدفعه الى أولياء القتيل ليقتلوه قصاصاً ان كان القتل بسلاح على ما نذكره ان شاء الله تعالى وان لم يأخذ المال ولم يقتل فتوبته الندم على ما فعل والعزم على ترك مثله فى المستقبل وهو ان يأتى الامام عن طوع واختيار ويظهر التوبة عنده ويسقط عنه الحبس لان الحبس للتوبة وقد تاب فلا معنى للحبس وكذلك السرقة الصغرى اذا تاب السارق قبل ان يظفر به ورد المال الى صاحبه يسقط عنه القطع بخلاف سائر الحدود انها لا تسقط بالتوبة والفرق ان الخصومة شرط فى السرقة الصغرى والكبرى لان محل الجناية خالص حق العباد والخصومة تنتهى بالتوبة والتوبة تمامها برد المال الى صاحبه فاذا وصل المال الى صاحبه لم يبق له حق الخصومة مع السارق بخلاف سائر الحدود فان الخصومة فيها ليست بشرط فعدمها لا يمنع من اقامة الحدود وفى حد القذف ان كانت شرطا لكنها لا تبطل بالتوبة لان بطلانها برد المال الى صاحبه ولم يوجد وقد روى عن سيدنا على رضى الله عنه انه كتب اليه عامله بالبصرة ان حارثة ابن زيد حارب الله ورسوله وسعى فى الارض فسادا فكتب اليه سيدنا على رضى الله عنه ان حارثة قد تاب قبل ان تقدر عليه فلا تتعرض له الا بخير هذا اذا تاب قاطع الطريق قبل القدرة عليه فاما اذا تاب بعد ما قدر عليه بان أخذ ثم تاب لا يسقط عنه الحد لان التوبة عن السرقة اذا أخذ المال برد المال على صاحبه وبعد الاخذ لا يكون رد المال بل يكون استرداداً منه جبرا فلا يسقط الحد واذا لم يأخذ المال فهو بعد الاخذ متهم فى اظهار التوبة فلا تتحقق توبته والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما حكم سقوط الحد بعد الوجوب وحكم عدم الوجوب لمانع فنقول وبالله التوفيق اذا سقط الحد بعد التوبة قبل ان يقدر عليهم فان كانوا أخذوا المال لا غير ردوه على صاحبه ان كان قائما وان كان هالكا أو مستهلكا فعليهم الضمان وان كانوا قتلوا لا غير يدفع من قتل منهم بسلاح الى الاولياء ليقتلوه أو يعفوا عنه ومن قتل بعصا أو حجر فعلى عاقلته الدية لورثة المقتول وان كانوا أخذوا المال وقتلوا فحكم أخذ المال والقتل عند الاجتماع ما هو حكمهما عند الانفراد وقد ذكرناه وانما كان كذلك لان الحد اذا سقط بالتوبة قبل القدرة صار حكم القتل وأخذ المال وهلاكه واستهلاكه ما هو حكمها فى غير قطع الطريق ما قلنا وان كانوا أخذوا المال وجرحوا أو أخذوا المال وقتلوا وجرحوا قوما أو جرحوا قوما ولم يكن منهم أخذ ولا قتل فحكم القتل والمال ما ذكرنا والجراحات فيها القصاص فيما يقدر

فيه على القصاص والارش فيما لا يقدر عليه لان عند سقوط الحد صار كان الجراحة حصلت من غير قطع الطريق ولو كان كذلك كان حكمه ماذكرنا فكذا هذا وكذلك ان قدر عليهم قبل التوبة ولم يكن منهم قتل ولا أخذ مال وقد أخافوا قوما بجراحات يجب القصاص فيما يستطاع فيه الاقتصاص والدية فيما لا يستطاع فيودعون السجن لان الحبس وجب عليهم تعزيزاً لا حداً والتعزيز لا تدخل فيه الجراحة بخلاف ما اذا قدر عليهم قبل التوبة وقد قتلوا أو أخذوا المال أو جمعوا بينهما لان الواجب فيه الحد فيدخل فيه الجراحة وكذلك اذا سقط الحد بالرجوع عن الاقرار لان الرجوع عن الاقرار يصح فى حق سقوط الحد ولا يصح فى حق ضمان المال والقصاص فبقى اقراره معتبراً فى حقهما (وأما) اذا كان السقوط بتكذيب الحجة من الاقرار أو البينة لاشىء عليهم لان سبب الوجوب لم يثبت لان ثبوته بالحجة وقد بطلت أصلا ورأسا بخلاف الرجوع عن الاقرار لان الاصل ان اقرار المقر حجة فى حقه الا انه تعذر اعتباره بعد الرجوع فى حق الحد درأً للحد بالشبهة فبقى معتبراً فى حق ضمان المال والقصاص فهو الفرق وعلى هذا حكم عدم الوجوب لمانع بان فات شرط من شرائط وجوب الحد نحو نقصان النصاب بان كان المأخوذ من المال لا يصيب كل واحد منهم عشرة دراهم انهم يردونه ان كان قائما و يضمنون ان كان هالكا أو مستهلكا ومن قتل منهم فان كان بسلاح فعليه القصاص وان كان بعصا أو حجر فعلى عاقلته الدية ومن جرح يقتص منه فيما يمكن القصاص وفيما لا يمكن يجب الارش لما ذكرنا ان الحد اذا امتنع وجوبه فقد حصل الاخذ والقتل والجراحة من غير قطاع الطريق وحكمها فى غير قطاع الطريق ما قلنا وكذلك اذا كان فى المحار بين صبى أو مجنون حتى امتنع وجوب الحد يدفع كل بالغ عاقل قتل منهم بسلاح الى الاولياء فيقتلون أو يعفون وان كان الذى ولى القتل منهم صبى أو مجنون فعلى عاقلته الدية وان قتل بسلاح لان الصبى والمجنون ليسا من أهل وجوب القصاص عليهما فكان عمدهما خطأ وان كانا أخذ المال ضمنا لانهما من أهل وجوب ضمان المال وكذلك اذا امتنع وجوب الحد على القطاع لمعنى من المعانى رجعوا فى ذلك الى حكم غير القطاع والله تعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما الحكم الذى يتعلق بالمال فهو وجوب الرد ان كان قائما بعينه ولصاحبه ان يأخذه أينما وجده سواء وجده فى يد المحارب أو فى يد من ملكه المحارب ببيع أو هبة أو غير ذلك ولو تغير المال الى الزيادة أو النقصان فقد ذكرنا حكمه فى كتاب السرقة والله تعالى أعلم

﴿كتاب السير﴾

وقد يسمى كتاب الجهاد والكلام فى هذا الكتاب فى مواضع فى بيان معنى السير والجهاد لغة وشرعا وفى بيان كيفية الجهاد وفى بيان من يفترض عليه الجهاد وفى بيان ما يندب اليه الامام عند بعث الجيش أو السرية الى الجهاد وفى بيان ما يجب على الغزاة الافتتاح به حال شهود الوقعة وفى بيان من يحل قتله من الكفرة ومن لا يحل وفى بيان من يجوز تركه ممن لا يحل قتله فى دار الحرب ومن لا يجوز وفى بيان ما يكره حمله الى دار الحرب وما لا يكره وفى بيان ما يعترض من الاسباب المحرمة للقتال وفى بيان حكم الغنائم وما يتصل بها وفى بيان حكم استيلاء الكفرة على أموال المسلمين وفى بيان أحكام تختلف باختلاف الدارين وفى بيان أحكام المرتدين وفى بيان أحكام الغزاة (أما) الاول فالسير جمع سيرة والسيرة فى اللغة تستعمل فى معنيين أحدهما الطريقة يقال هما على سيرة واحدة أى طريقة واحدة والثانى الهيأة قال الله سبحانه وتعالى سنعيدها سيرتها الاولى أى هيأتها فاحتمل تسمية هذا الكتاب كتاب السير لما فيه من بيان طرق الغزاة وهيآتهم مما لهم وعليهم وأما الجهاد فى اللغة فعبارة عن بذل الجهد بالضم وهو الوسع والطاقة أو عن المبالغة فى العمل من الجهد بالفتح وفى عرف الشرع يستعمل فى بذل الوسع والطاقة بالقتال فى سبيل الله عز وجل بالنفس والمال واللسان أو غير ذلك أو المبالغة فى ذلك والله تعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان كيفية فرضية الجهاد فالامر فيه لايخلو من أحد وجهين اما ان كان النفير عاما (واما) ان لم يكن
فان لم يكن النفير عاما فهو فرض كفاية ومعناه ان يفترض على جميع من هو من أهل الجهاد لكن اذا قام به البعض سقط
عن الباقين لقوله عز وجل فضل الله المجاهدين باموالهم وأنفسهم على القاعدين درجة وكلا وعد الله الحسنى وعد الله
عز وجل المجاهدين والقاعدين الحسنى ولو كان الجهاد فرض عين فى الاحوال كلها لما وعد القاعدين الحسنى لان
القعود يكون حراما وقوله سبحانه وتعالى وما كان المؤمنون لينفروا كافة فلولا نفر من كل فرقة منهم طائفة ليتفقهوا فى
الدين الآية ولان ما فرض له الجهاد وهو الدعوة الى الاسلام واعلاء الدين الحق ودفع شر الكفرة وقهرهم يحصل
بقيام البعض به وكذا النبى عليه الصلاة والسلام كان يبعث السرايا ولو كان فرض عين فى الاحوال كلها لكان
لا يتوهم منه القعود عنه فى حال ولا اذن غيره بالتخلف عنه بحال واذا كان فرضا على الكفاية فلا ينبغى للامام ان يخلى
ثغرا من الثغور من جماعة من الغزاة فيهم غنأ وكفاية لقتال العدو فاذا قاموا به يسقط عن الباقين وان ضعف أهل ثغر
عن مقاومة الكفرة وخيف عليهم من العدو فعلى من وراءهم من المسلمين الاقرب فالاقرب ان ينفروا اليهم وان
يمدوهم بالسلاح والكراع والمال لما ذكرنا انه فرض على الناس كلهم ممن هو من أهل الجهاد لكن الفرض يسقط عنهم
بحصول الكفاية بالبعض فما لم يحصل لا يسقط ولا يباح للعبد ان يخرج الا باذن مولاه ولا المرأة الا باذن زوجها لان
خدمة المولى والقيام بحقوق الزوجية كل ذلك فرض عين فكان مقدما على فرض الكفاية وكذا الولد لا يخرج الا
باذن والديه أو أحدهما اذا كان الآخر ميتا لان بر الوالدين فرض عين فكان مقدما على فرض الكفاية والاصل
ان كل سفر لا يؤمن فيه الهلاك ويشتد فيه الخطر لا يحل للولد ان يخرج اليه بغير اذن والديه لانهما يشفقان على
ولدهما فيتضرران بذلك وكل سفر لا يشتد فيه الخطر يحل له ان يخرج اليه بغير اذنهما اذا لم يضيعهما لانعدام الضرر
ومن مشايخنا من رخص فى سفر التعلم بغير اذنهما لانهما لا يتضرران بذلك بل ينتفعان به فلا يلحقه سمة العقوق هذا
اذا لم يكن النفير عاما فاما اذا عم النفير بان هجم العدو على بلد فهو فرض عين يفترض على كل واحد من آحاد المسلمين ممن
هو قادر عليه لقوله سبحانه وتعالى انفروا خفافا وثقالا قيل نزلت فى النفير وقوله سبحانه وتعالى ما كان لاهل المدينة
ومن حولهم من الاعراب ان يتخلفوا عن رسول الله ولا يرغبوا بأنفسهم عن نفسه ولان الوجوب على الكل قبل
عموم النفير ثابت لان السقوط عن الباقين بقيام البعض به فاذا عم النفير لا يتحقق القيام به الا بالكل فبقى فرضا على
الكل عينا بمنزلة الصوم والصلاة فيخرج العبد بغير اذن مولاه والمرأة بغير اذن زوجها لان منافع العبد والمرأة فى حق
العبادات المفروضة عينا مستثناة عن ملك المولى والزوج شرعا كما فى الصوم والصلاة وكذا يباح للولد أن يخرج بغير
اذن والديه لان حق الوالدين لا يظهر فى فروض الاعيان كالصوم والصلاة والله تعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان من يفترض عليه فنقول انه لا يفترض الا على القادر عليه فمن لا قدرة له لا جهاد عليه لان الجهاد
بذل الجهد وهو الوسع والطاقة بالقتال أو المبالغة فى عمل القتال ومن لا وسع له كيف يبذل الوسع والعمل فلا يفرض
على الاعمى والاعرج والزمن والمقعد والشيخ الهرم والمريض والضعيف والذى لا يجد ما ينفق قال الله سبحانه
وتعالى ليس على الاعمى حرج الآية وقال سبحانه وتعالى عز من قائل ليس على الضعفاء ولا على المرضى ولا على
الذين لا يجدون ما ينفقون حرج اذا نصحوا لله ورسوله فقد عذر الله جل شأنه هؤلاء بالتخلف عن الجهاد ورفع
الحرج عنهم ولا جهاد على الصبى والمرأة لان بنيتهما لا تحتمل الحرب عادة وعلى هذا الغزاة اذا جاءهم جمع من المشركين
ما لا طاقة لهم به وخافوهم ان يقتلوهم فلا بأس لهم ان ينحازوا الى بعض أمصار المسلمين أو الى بعض جيوشهم والحكم
فى هذا الباب لغالب الرأى وأكبر الظن دون العدد فان غلب على ظن الغزاة انهم يقاومونهم يلزمهم الثبات وان كانوا
أقل عددا منهم وان كان غالب ظنهم انهم يغلبون فلا بأس ان ينحازوا الى المسلمين ليستعينوا بهم وان كانوا أكثر عددا
من الكفرة وكذا الواحد من الغزاة ليس معه سلاح مع اثنين منهم معهما سلاح أو مع واحد منهم من الكفرة ومعه

سلاح لا بأس أن يولى دبره متحيزاً الى فئة والاصل فيه قوله تبارك وتعالى ومن يولهم يومئذ دبره الا متحرفاً لقتال أو متحيزا الى فئة فقد باء بغضب من الله ومأواه جهنم وبئس المصير الله عز شأنه نهى المؤمنين عن تولية الادبار عاما بقوله تبارك وتعالى ياأيها الذين آمنوا اذا لقيتم الذين كفروا زحفا فلا تولوهم الادبار وأوعد عليهم بقوله سبحانه وتعالى ومن يولهم يومئذ دبره فقد باء بغضب من الله الآية لان فى الكلام تقديماً وتأخيراً معناه والله سبحانه وتعالى أعلم ياأيها الذين آمنوا اذا لقيتم الذين كفروا زحفا فلا تولوهم الادبار ومن يولهم يومئذ دبره فقد باء بغضب من الله ثم استثنى سبحانه وتعالى من يولى دبره لجهة مخصوصة فقال عز من قائل الا متحرفاً لقتال أو متحيزا الى فئة والاستثناء من الحظر اباحة فكان المحظور تولية مخصوصة وهى ان يولى دبره غير متحرف لقتال ولا متحيز الى فئة فبقيت التولية الى جهة التحرف والتحيز مستثناة من الحظر فلا تكون محظورة ونظير هذه الآية قوله سبحانه وتعالى من كفر بالله من بعد ايمانه الا من أكره وقلبه مطمئن بالايمان ولكن من شرح بالكفر صدرا فعليهم غضب من الله ولهم عذاب عظيم انه على التقديم والتأخير على ما نذكره فى كتاب الاكراه ان شاء الله تعالى وبه تبين أن الآية الشريفة غير منسوخة وكذا قوله سبحانه وتعالى ان يكن منكم عشرون صابرون يغلبوا مائتين وقوله وان يكن منكم مائة يغلبوا ألفا ليس بمنسوخ لان التولية للتحيز الى فئة خص فيها فلم تكن الآيتان منسوختين والله سبحانه وتعالى أعلم والدليل عليه قوله عليه الصلاة والسلام للذين فروا الى المدينة وهو فيها أنتم الكرارون أنا فئة كل مسلم أخبر عليه الصلاة والسلام ان المتحيز الى فئة كرار وليس بفرار من الزحف فلا يلحقه الوعيد وعلى هذا اذا كانت الغزاة فى سفينة فاحترقت السفينة وخافوا الغرق حكموا فيه غالب رأيهم وأكبر ظنهم فان غلب على رأيهم انهم لو طرحوا أنفسهم فى البحر لينجوا بالسباحة وجب عليهم الطرح ليسبحوا فيتحيزوا الى فئة وان استوى جانبا الحرق والغرق بان كان اذا أقاموا احترقوا واذا طرحوا غرقوا فلهم الخيار عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا يجوز لهم ان يطرحوا أنفسهم فى الماء (وجه) قوله انهم لو ألقوا أنفسهم فى الماء لهلكوا ولو أقاموا فى السفينة لهلكوا أيضا الا انهم لو طرحوا لهلكوا بفعل أنفسهم ولو صبروا لهلكوا بفعل العدو فكان الصبر أقرب الى الجهاد فكان أولى (وجه) قولهما انه استوى الجانبان فى الافضاء الى الهلاك فيثبت لهم الخيار لجواز أن يكون الهلاك بالغرق أرفق قوله لو أقاموا لهلكوا بفعل العدو قلنا ولو طرحوا لهلكوا بفعل العدو أيضا اذ العدو هو الذى ألجأهم اليه فكان الهلاك فى الحالين مضافا الى فعل العدو ثم قد يكون الهلاك بالغرق أسهل فيثبت لهم الخيار ولو طعن مسلم برمح فلا بأس بان يمشى الى من طعنه من الكفرة حتى يجهزه لانه يقصد بالمشى اليه بذل نفسه لاعزاز دين الله سبحانه وتعالى وتحريض المؤمنين على ان لا يبخلوا بانفسهم فى قتال أعداء الله سبحانه وتعالى فكان جائزا والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما يندب اليه الامام عند بعث الجيش أو السرية الى الجهاد فنقول وبالله التوفيق انه يندب الى أشياء (منها) ان يؤمر عليهم أميرا لان النبى عليه الصلاة والسلام ما بعث جيشا الا وأمر عليهم أميرا ولان الحاجة الى الامير ماسة لانه لا بد من تنفيذ الاحكام وسياسة الرعية ولا يقوم ذلك الا بالامير لتعذر الرجوع فى كل حادثة الى الامام (ومنها) أن يكون الذى يؤمر عليهم عالما بالحلال والحرام عدلا عارفا بوجوه السياسات بصيرا بتدابير الحروب وأسبابها لانه لو لم يكن بهذه الصفة لا يحصل ما ينصب له الامير (ومنها) ان يوصيه بتقوى الله عز شأنه فى خاصة نفسه وبمن معه من المؤمنين خيراً كذا روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه كان اذا بعث جيشاً أوصاه بتقوى الله سبحانه وتعالى فى نفسه خاصة وبمن معه من المؤمنين خيرا ولان الامارة أمانة عظيمة فلا يقوم بها الا المتقى واذا أمر عليهم يكلفهم طاعة الامير فيما يأمرهم به وينهاهم عنه لقول الله تبارك وتعالى ياأيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولى الامر منكم وقال عليه الصلاة والسلام اسمعوا وأطيعوا ولو أمر عليكم عبد حبشى أجدع ما حكم فيكم بكتاب الله تعالى ولانه نائب الامام وطاعة الامام لازمة كذا طاعته لانها طاعة الامام الا أن يأمرهم

بمعصية فلا تجوز طاعتهم اياه فيها لقوله عليه الصلاة والسلام لا طاعة لمخلوق فى معصية الخالق ولو أمرهم بشئ لا يدرون أينتفعون به أم لا فينبغى لهم ان يطيعوه فيه اذا لم يعلموا كونه معصية لان اتباع الامام فى محل الاجتهاد واجب كاتباع القضاة فى مواضع الاجتهاد والله تعالى عز شانه أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان ما يجب على الغزاة الافتتاح به حالة الوقعة ولقاء العدو فنقول وبالله التوفيق ان الامر فيه لا يخلو من أحد وجهين اما ان كانت الدعوة قد بلغتهم واما ان كانت لم تبلغهم فان كانت الدعوة لم تبلغهم فعليهم الافتتاح بالدعوة الى الاسلام باللسان لقول الله تبارك وتعالى ادع الى سبيل ربك بالحكمة والموعظة الحسنة وجادلهم بالتى هى أحسن ولا يجوز لهم القتال قبل الدعوة لان الايمان وان وجب عليهم قبل بلوغ الدعوة بمجرد العقل فاستحقوا القتل بالامتناع لكن الله تبارك وتعالى حرم قتالهم قبل بعث الرسول عليه الصلاة والسلام وبلوغ الدعوة اياهم فضلا منه ومنة قطعاً لمعذرتهم بالكلية وان كان لا عذر لهم فى الحقيقة لما أقام سبحانه وتعالى من الدلائل العقلية التى لو تأملوها حق التأمل ونظروا فيها لعرفوا حق الله تبارك وتعالى عليهم لكن تفضل عليهم بارسال الرسل صلوات الله وسلامه عليهم أجمعين لئلا يبقى لهم شبهة عذر فيقولون ربنا لولا أرسلت الينا رسولا فنتبع آياتك وان لم يكن لهم ان يقولوا ذلك فى الحقيقة لما بينا ولان القتال ما فرض لعينه بل للدعوة الى الاسلام والدعوة دعوتان دعوة بالبنان وهى القتال ودعوة بالبيان وهو اللسان وذلك بالتبليغ والثانية أهون من الاولى لان فى القتال مخاطرة الروح والنفس والمال وليس فى دعوة التبليغ شئ من ذلك فاذا احتمل حصول المقصود باهون الدعوتين لزم الافتتاح بها هذا اذا كانت الدعوة لم تبلغهم فان كانت قد بلغتهم جاز لهم ان يفتتحوا القتال من غير تجديد الدعوة لما بينا ان الحجة لازمة والعذر فى الحقيقة منقطع وشبهة العذر انقطعت بالتبليغ مرة لكن مع هذا الافضل ان لا يفتتحوا القتال الا بعد تجديد الدعوة لرجاء الاجابة فى الجملة وقد روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يكن يقاتل الكفرة حتى يدعوهم الى الاسلام فيما كان دعاهم غير مرة دل ان الافتتاح بتجديد الدعوة أفضل ثم اذا دعوهم الى الاسلام فان أسلموا كفوا عنهم القتال لقوله عليه الصلاة والسلام أمرت ان أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله الا الله فاذا قالوها عصموا منى دماءهم وأموالهم الا بحقها وقوله عليه الصلاة والسلام من قال لا إله الا الله فقد عصم منى دمه وماله فان أبوا الاجابة الى الاسلام دعوهم الى الذمة الا مشركى العرب والمرتدين لما نذكره ان شاء الله تعالى بعد فان أجابوا كفوا عنهم لقوله عليه الصلاة والسلام فان قبلوا عقد الذمة فاعلمهم ان لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين وان أبوا استعانوا بالله سبحانه وتعالى على قتالهم ووثقوا بعهد الله سبحانه وتعالى النصر لهم بعد ان بذلوا جهدهم واستفرغوا وسعهم وثبتوا وأطاعوا الله سبحانه وتعالى ورسوله صلى الله عليه وسلم وذكروا الله كثيرا على ما قال تبارك وتعالى يا أيها الذين آمنوا اذا لقيتم فئة فاثبتوا واذكروا الله كثيرا لعلكم تفلحون وأطيعوا الله ورسوله ولا تنازعوا فتفشلوا وتذهب ريحكم واصبروا ان الله مع الصابرين ولهم ان يقاتلوهم وان لم يبدؤا بالدعوة لقول الله تعالى اقتلوا المشركين حيث وجدتموهم وسواء كان فى الاشهر الحرم أو فى غيرها لان حرمة القتال فى الاشهر الحرم صارت منسوخة بآية السيف وغيرها من آيات القتال ولا بأس بالاغارة والبيات عليهم ولا بأس بقطع أشجارهم المثمرة وغير المثمرة وافساد زروعهم لقوله تبارك وتعالى ما قطعتم من لينة أو تركتموها قائمة على أصولها فباذن الله وليخزى الفاسقين اذن سبحانه وتعالى بقطع النخيل فى صدر الآية الشريفة ونبه فى آخرها ان ذلك يكون كبتاً وغيظاً للعدو بقوله تبارك وتعالى وليخزى الفاسقين ولا بأس باحراق حصونهم بالنار واغراقها بالماء وتخريبها وهدمها عليهم ونصب المنجنيق عليها لقوله تبارك وتعالى يخربون بيوتهم بايديهم وأيدى المؤمنين ولان كل ذلك من باب القتال لما فيه من قهر العدو وكبتهم وغيظهم ولان حرمة الاموال لحرمة أربابها ولا حرمة لانفسهم حتى يقتلون فكيف لاموالهم ولا بأس برميهم بالنبال وان علموا ان فيهم مسلمين من الاسارى والتجار لما فيه من الضرورة اذ حصون الكفرة قلما تخلو من مسلم أسير أو تاجر فاعتباره يؤدى الى انسداد باب

الجهاد ولكن يقصدون بذلك الكفرة دون المسلمين لانه لا ضرورة فى القصد الى قتل مسلم بغير حق وكذا اذا
تترسوا باطفال المسلمين فلا بأس بالرمى اليهم لضرورة اقامة الفرض لكنهم يقصدون الكفار دون الاطفال فان
رموهم فاصاب مسلماً فلا دية ولا كفارة وقال الحسن بن زياد رحمه الله تجب الدية والكفارة وهو أحد قولى الشافعى
رحمه الله (وجه) قول الحسن ان دم المسلم معصوم فكان ينبغى ان يمنع من الرمى الا انه لم يمنع لضرورة اقامة الفرض
فيتقدر بقدر الضرورة والضرورة فى رفع المؤاخذة لا فى نفى الضمان كتناول مال الغير حالة المخمصة انه رخص له
التناول لكن يجب عليه الضمان لما ذكرنا كذلك ههنا (ولنا) انه كما مست الضرورة الى دفع المؤاخذة لاقامة فرض
القتال مست الضرورة الى نفى الضمان أيضاً لان وجوب الضمان يمنع من اقامة الفرض لانهم يمتنعون منه خوفاً من لزوم
الضمان وايجاب ما يمنع من اقامة الواجب متناقض وفرض القتال لم يسقط دل ان الضمان ساقط بخلاف حالة المخمصة
لان وجوب الضمان هناك لا يمنع من التناول لانه لو لم يتناول لهلك وكذا احصل له مثل ما يجب عليه فلا يمنع من التناول
فلا يؤدى الى التناقض ولا ينبغى للمسلمين ان يستعينوا بالكفار على قتال الكفار لانه لا يؤمن غدرهم اذ العداوة
الدينية تحملهم عليه الا اذا اضطروا اليهم والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان من يحل قتله من الكفرة ومن لا يحل فنقول الحال لا يخلو اما ان يكون حال القتال أو حال ما
بعد الفراغ من القتال وهى ما بعد الاخذ والاسر اما حال القتال فلا يحل فيها قتل امرأة ولا صبى ولا شيخ فان ولا مقعد
ولا يابس الشق ولا أعمى ولا مقطوع اليد والرجل من خلاف ولا مقطوع اليد اليمنى ولا معتوه ولا راهب فى صومعة
ولا سائح فى الجبال لا يخالط الناس وقوم فى دار أو كنيسة ترهبوا وطبق عليهم الباب اما المرأة والصبى فلقول النبى عليه
الصلاة والسلام لا تقتلوا امرأة ولا وليدا وروى انه عليه الصلاة والسلام رأى فى بعض غزواته امرأة مقتولة فانكر
ذلك وقال عليه الصلاة والسلام هاه ما أراها قاتلت فلم قتلت ونهى عن قتل النساء والصبيان ولان هؤلاء ليسوا من
أهل القتال فلا يقتلون ولو قاتل واحد منهم قتل وكذا لو حرض على القتال أودل على عورات المسلمين أو كان
الكفرة ينتفعون برأيه أو كان مطاعاً وان كان امرأة أو صغيراً لوجود القتال من حيث المعنى وقد روى ان ربيعة بن
رفيع السلمى رضى الله عنه أدرك دريد بن الصمة يوم حنين فقتله وهو شيخ كبير كالقفة لا ينتفع الا برأيه فبلغ ذلك
رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم ينكر عليه والاصل فيه ان كل من كان من أهل القتال يحل قتله سواء قاتل أو لم يقاتل
وكل من لم يكن من أهل القتال لا يحل قتله الا اذا قاتل حقيقة أو معنى بالرأى والطاعة والتحريض وأشباه ذلك على ما
ذكرنا فيقتل القسيس والسياح الذى يخالط الناس والذى يجن ويفيق والاصم والاخرس وأقطع اليد اليسرى
وأقطع احدى الرجلين وان لم يقاتلوا لانهم من أهل القتال ولو قتل واحد ممن ذكرنا انه لا يحل قتله فلا شئ فيه من دية
ولا كفارة الا التوبة والاستغفار لان دم الكافر لا يتقوم الا بالامان ولم يوجد واما حال ما بعد الفراغ من القتال وهى
ما بعد الاسر والاخذ فكل من لا يحل قتله فى حال القتال لا يحل قتله بعد الفراغ من القتال وكل من يحل قتله فى حال القتال
اذا قاتل حقيقة أو معنى يباح قتله بعد الاخذ والاسر الا الصبى والمعتوه الذى لا يعقل فانه يباح قتلهما فى حال القتال اذا
قاتلا حقيقة ومعنى ولا يباح قتلهما بعد الفراغ من القتال اذا أسرا وان قتلا جماعة من المسلمين فى القتال لان القتل بعد
الاسر بطريق العقوبة وهما ليسا من أهل العقوبة فاما القتل فى حالة القتال فلدفع شر القتال وقد وجد الشر منهما فابيح
قتلهما لدفع الشر وقد انعدم الشر بالاسر فكان القتل بعده بطريق العقوبة وهما ليسا من أهلها والله سبحانه وتعالى أعلم
ويكره للمسلم ان يبتدئ أباه الكافر الحربى بالقتل لقوله تعالى وصاحبهما فى الدنيا معروفا أمر سبحانه وتعالى
بمصاحبة الابوين الكافرين بالمعروف والابتداء بالقتل ليس من المصاحبة بالمعروف وروى ان حنظلة رضى الله
عنه غسيل الملائكة عليهم الصلاة والسلام استأذن رسول الله صلى الله عليه وسلم فى قتل أبيه فنهاه عليه الصلاة
والسلام ولان الشرع أمر باحيائه بالنفقة عليه فالامر بالقتل فيه افناؤه يكون متناقضا فان قصد الاب قتله يدفعه عن

نفسه وان أتى ذلك على نفسه ولا يكره ذلك لانه من ضرورات الدفع ولكن لا يقصد بالدفع القتل لانه لا ضرورة الى القصد والله تعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان من يسع تركه فى دار الحرب ممن لا يحل قتله ومن لا يسع فالامر فيه لا يخلو من أحد وجهين اما اذا كان الغزاة قادرين على حمل هؤلاء واخراجهم الى دار الاسلام واما ان لم يقدروا عليه فان قدروا على ذلك فان كان المتروك ممن يولد له ولد لا يجوز تركهم فى دار الحرب لان فى تركهم فى دار الحرب عونا لهم على المسلمين باللقاح وان كان ممن لا يولد له ولد كالشيخ الفانى الذى لا قتال عنده ولا لقاح فان كان ذا رأى ومشورة فلا يباح تركه فى دار الحرب لما فيه من المضرة بالمسلمين لانهم يستعينون على المسلمين برأيه وان لم يكن له رأى فان شاؤا تركوه فانه لا مضرة عليهم فى تركه وان شاؤا أخرجوه لفائدة المفاداة على قول من يرى مفاداة الاسير بالاسير وعلى قول من لا يرى لا يخرجونهم لما انه لا فائدة فى اخراجهم وكذلك العجوز التى لا يرجى ولدها وكذلك الرهبان وأصحاب الصوامع اذا كانوا حضورا ألا يلحقون وان لم يقدر المسلمون على حمل على هؤلاء ونقلهم الى دار الاسلام لا يحل قتلهم ويتركون فى دار الحرب لان الشرع نهى عن قتلهم ولا قدرة على نقلهم فيتركون ضرورة واما الحيوان والسلاح اذا لم يقدروا على الاخراج الى دار الاسلام اما الحيوان فيذبح ثم يحرق بالنار لئلا يمكنهم الانتفاع به واما السلاح فما يمكن احراقه بالنار يحرق وما لا يحتمل الاحراق كالحديد ونحوه فيدفن بالتراب لئلا يجدوه والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما يكره حمله الى دار الحرب وما لا يكره فنقول ليس للتاجر ان يحمل الى دار الحرب ما يستعين به أهل الحرب على الحرب من الاسلحة والخيل والرقيق من أهل الذمة وكل ما يستعان به فى الحرب لان فيه امدادهم واعانتهم على حرب المسلمين قال الله سبحانه وتعالى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان فلا يمكن من الحمل وكذا الحربى اذا دخل دار الاسلام لا يمكن من ان يشترى السلاح ولو اشترى لا يمكن من ان يدخله دار الحرب لما قلنا الا اذا كان داخل دار الاسلام بسلاح فاستبدله فينظر فى ذلك ان كان الذى استبدله خلاف جنس سلاحه بان استبدل القوس بالسيف ونحو ذلك لا يمكن من ذلك أصلا وان كان من جنس سلاحه فان كان مثله أو أردأ منه يمكن منه وان كان أجود منه لا يمكن منه لما قلنا ولا بأس بحمل الثياب والمتاع والطعام ونحو ذلك اليهم لانعدام معنى الامداد والاعانة وعلى ذلك جرت العادة من تجار الاعصار انهم يدخلون دار الحرب للتجارة من غير ظهور الرد والانكار عليهم الا ان الترك أفضل لانهم يستخفون بالمسلمين ويدعونهم الى ما هم عليه فكان الكف والامساك عن الدخول من باب صيانة النفس عن الهوان والدين عن الزوال فكان أولى واما المسافرة بالقرآن العظيم الى دار الحرب فينظر فى ذلك ان كان العسكر عظيما مأمونا عليه لا بأس بذلك لانهم يحتاجون الى قراءة القرآن واذا كان العسكر عظيما يقع الامن عن الوقوع فى أيدى الكفرة والاستخفاف به وان لم يكن مأمونا عليه كالسرية يكره المسافرة به لما فيه من خوف الوقوع فى أيديهم والاستخفاف به فكان الدخول به فى دار الحرب تعريضا للاستخفاف بالمصحف الكريم وما روى عن النبى عليه الصلاة والسلام انه نهى ان يسافر بالقرآن العظيم الى أرض العدو محمول على المسافرة فى هذه الحالة وكذلك حكم اخراج النساء مع أنفسهم الى دار الحرب على هذا التفصيل ان كان ذلك فى جيش عظيم مأمون عليه غير مكروه لانهم يحتاجون الى الطبخ والغسل ونحو ذلك وان كانت سرية لا يؤمن عليها يكره اخراجهن لما قلنا والله تعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما يعترض من الاسباب المحرمة للقتال فنقول ولا قوة الا بالله العلى العظيم الاسباب المعترضة المحرمة للقتال أنواع ثلاثة الايمان والامان والالتجاء الى الحرم اما الايمان فالكلام فيه فى موضعين احدهما فى بيان ما يحكم به بكون الشخص مؤمنا والثانى فى بيان حكم الايمان اما الاول فنقول الطرق التى يحكم بها بكون الشخص مؤمنا ثلاثة نص ودلالة وتبعية اما النص فهو ان يأتى بالشهادة أو بالشهادتين أو يأتى بهما مع التبرى مما هو عليه صريحا و بيان هذه الجملة ان الكفرة أصناف أربعة صنف منهم ينكرون الصانع أصلا وهم الدهرية المعطلة وصنف منهم

يقرون بالصانع و ينكرون توحيده وهم الوثنية والمجوس وصنف منهم يقرون بالصانع وتوحيده و ينكرون الرسالة رأساً وهم قوم من الفلاسفة وصنف منهم يقرون بالصانع وتوحيده والرسالة فى الجملة لكنهم ينكرون رسالة نبينا محمد عليه أفضل الصلاة والسلام وهم اليهود والنصارى فان كان من الصنف الاول والثانى فقال لااله الا الله يحكم باسلامه لان هؤلاء يمتنعون عن الشهادة أصلا فاذا أقروابها كان ذلك دليل ايمانهم وكذلك اذاقال اشهد ان محمداً رسول الله لانهم يمتنعون من كل واحد من كلمتى الشهادة فكان الاتيان بواحد منهما أيتهما كانت دلالة الايمان وان كان من الصنف الثالث فقال لااله الا الله لايحكم باسلامه لان منكر الرسالة لايمتنع عن هذه المقالة ولوقال أشهد أن محمداً رسول الله يحكم باسلامه لانه يمتنع عن هذه الشهادة فكان الاقرار بها دليل الايمان وان كان من الصنف الرابع فاتى بالشهادتين فقال لااله الا الله محمد رسول الله لايحكم باسلامه حتى يتبرأ من الدين الذى عليه من اليهودية أوالنصرانية لان من هؤلاء من يقر برسالة رسول الله صلى الله عليه وسلم لكنه يقول انه بعث الى العرب خاصة دون غيرهم فلا يكون اتيانه بالشهادتين بدون التبرى دليلا على ايمانه وكذا اذاقال يهودى أونصرانى أنامؤمن أومسلم أوقال آمنت أوأسلمت لايحكم باسلامه لانهم يدعون انهم مؤمنون ومسلمون والايمان والاسلام هوالذى هم عليه وروى الحسن عن أبى حنيفة رحمهما الله أنه قال اذاقال اليهودى أوالنصرانى أنامسلم أوقال أسلمت سئل عن ذلك أى شئ أردت به ان قال أردت به ترك اليهودية أوالنصرانية والدخول فى دين الاسلام يحكم باسلامه حتى لورجع عن ذلك كان مرتدا وان قال أردت بقولى أسلمت انى على الحق ولم أرد بذلك الرجوع عن دينى لم يحكم باسلامه ولوقال يهودى أونصرانى أشهد أن لااله الا الله وأتبرأ عن اليهودية أوالنصرانية لايحكم باسلامه لانهم لايمتنعون عن كلمة التوحيد والتبرى عن اليهودية والنصرانية لا يكون دليل الدخول فى دين الاسلام لاحتمال أنه تبرأ عن ذلك ودخل فى دين آخر سوى دين الاسلام فلا يصلح التبرى دليل الايمان مع الاحتمال ولو أقر مع ذلك فقال دخلت فى دين الاسلام أوفى دين محمد صلى الله عليه وسلم حكم بالاسلام لزوال الاحتمال بهذه القرينة والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) بيان مايحكم به بكونه مؤمنا من طريق الدلالة فنحو ان يصلى كتابى أو واحد من أهل الشرك فى جماعة و يحكم باسلامه عندنا وعند الشافعى رحمه الله لا يحكم باسلامه ولوصلى وحده لا يحكم باسلامه (وجه) قول الشافعى رحمه الله أن الصلاة لوصلحت دلالة الايمان لما افترق الحال فيها بين حال الانفراد و بين حال الاجتماع ولوصلى وحده لم يحكم باسلامه فعلى ذلك اذا صلى بجماعة (ولنا) أن الصلاة بالجماعة على هذه الهيئة التى نصليها اليوم لم تكن فى شرائع من قبلنا فكانت مختصة بشريعة نبينا محمد صلى الله عليه وسلم فكانت دلالة على الدخول فى دين الاسلام بخلاف ما اذا صلى وحده لان الصلاة وحده غير مختصة بشريعتنا و روى عن محمد رحمه الله أنه اذا صلى وحده مستقبل القبلة يحكم باسلامه لان الصلاة مستقبل القبلة دليل الاسلام لقوله عليه الصلاة والسلام من شهد جنازتنا وصلى الى قبلتنا وأكل ذبيحتنا فاشهدوا له بالايمان وعلى هذا الخلاف اذا أذن فى مسجد جماعة يحكم باسلامه عندنا خلافا للشافعى رحمه الله تعالى لنا أن الاذان من شعائر الاسلام فكان الاتيان به دليل قبول الاسلام ولوقرأ القرآن أوتلقنه لا يحكم باسلامه لاحتمال أنه فعل ذلك ليعلم مافيه من غير أن يعتقده حقيقة اذلا كل من يعلم شيأ يؤمن به كالمعاندين من الكفرة ولوحج هل يحكم باسلامه قالوا ينظر فى ذلك أن تهيأ للاحرام ولبى وشهد المناسك مع المسلمين يحكم باسلامه لان عبادة الحج على هذه الهيئة المخصوصة لم تكن فى الشرائع المتقدمة فكانت مختصة بشريعتنا فكانت دلالة الايمان كالصلاة بالجماعة وان لبى ولم يشهد المناسك أوشهد المناسك ولم يلب لايحكم باسلامه لانه لا يصير عبادة فى شريعتنا الا بالاداء على هذه الهيئة والاداء على هذه الهيئة لا يكون دليل الاسلام ولوشهد شاهدان انهما رأياه يصلى سنة وماقالا رأيناه يصلى فى جماعة وهو يقول صليت صلواتى لايحكم باسلامه لانهم يصلون أيضا فلا تكون الصلاة المطلقة دلالة الاسلام ولوشهد أحدهما وقال رأيته يصلى فى المسجد الاعظم وشهد

الآخر وقال رأيته يصلي في مسجد كذا وهو منكر لا تقبل ولكن يجبر على الاسلام لان الشاهدين اتفقا على وجود الصلاة منه بجماعة في المسجد لكنهما اختلفا في المسجد وذا يوجب اختلاف المكان لا نفس الفعل وهو الصلاة فقد اجتمع شاهدان على فعل واحد حقيقة لكن تعتبر شهادتهما في الجبر على الاسلام لا في القتل لان فعل الصلاة وان كان متحدا حقيقة فهو مختلف صورة لاختلاف محل الفعل فاورث شبهة في القتل والله سبحانه وتعالى اعلم وأما الحكم بالاسلام من طريق التبعية فان الصبي يحكم باسلامه تبعا لابويه عقل أو لم يعقل ما لم يسلم بنفسه اذا عقل و يحكم باسلامه تبعا للدار أيضا والجملة فيه ان الصبي يتبع أبويه في الاسلام والكفر ولا عبرة بالدار مع وجود الابوين أو أحدهما لانه لابد له من دين تجري عليه أحكامه والصبي لا يهتم لذلك اما لعدم عقله واما القصورة فلابد وان يجعل تبعا لغيره وجعله تبعا للابوين أولى لانه تولد منهما وانما الدار منشأ وعند انعدامهما في الدار التي فيها الصبي تنتقل التبعية الى الدار لان الدار تستتبع الصبي في الاسلام في الجملة كاللقيط فاذا أسلم أحد الابوين فالولد يتبع المسلم لانهما استويا في جهة التبعية وهي التولد والتفرع فيرجح المسلم بالاسلام لانه يعلو ولا يعلى عليه ولو كان أحدهما كتابيا والآخر مجوسيا فالولد كتابي لان الكتابي الى أحكام الاسلام أقرب فكان الاسلام منه أرجى و بيان هذه الجملة اذا سبي الصبي وأخرج الى دار الاسلام فهذا لا يخلو من ثلاثة أوجه اما ان سبي مع أبويه واما ان سبي مع أحدهما واما ان سبي وحده فان سبي مع أبويه فما دام في دار الحرب فهو على دين أبويه حتى لو مات لا يصلى عليه وهذا ظاهر وكذا اذا سبي مع أحدهما وكذلك اذا اخرج الى دار الاسلام ومعه أبواه أو أحدهما لما بينا فان مات الابوان بعد ذلك فهو على دينهما حتى يسلم بنفسه ولا تنقطع تبعية الابوين بموتهما لان بقاء الاصل ليس بشرط لبقاء الحكم في التبع وان أخرج الى دار الاسلام وليس معه أحدهما فهو مسلم لان التبعية انتقلت الى الدار على ما بينا ولو أسلم أحد الابوين في دار الحرب فهو مسلم تبعا له لان الولد يتبع خير الابوين دينا لما بينا وكذا اذا أسلم أحد الابوين في دار الاسلام ثم سبي الصبي بعده وأدخل في دار الاسلام فهو مسلم تبعا له لانه جمعهما دار واحدة لان تبعية الدار لا تعتبر مع أحد الابوين لما ذكرنا فاما قبل الادخال في دار الاسلام فلا يكون مسلما لانهما في دارين مختلفين واختلاف الدار يمنع التبعية في الاحكام الشرعية والله سبحانه وتعالى اعلم ثم انما تعتبر تبعية الابوين والدار اذا لم يسلم بنفسه وهو يعقل الاسلام فاما اذا أسلم وهو يعقل الاسلام فلا تعتبر التبعية و يصح اسلامه عندنا وعند الشافعي رحمه الله لا يصح واحتج بقوله عليه الصلاة والسلام رفع القلم عن ثلاثة عن الصبي حتى يحتلم وعن المجنون حتى يفيق وعن النائم حتى يستيقظ أخبر عليه الصلاة والسلام أن الصبي مرفوع القلم والفقه مستنبط منه وهو أن الصبي لو صح اسلامه اما أن يصح فرضا واما ان يصح نفلا ومعلوم أن التنفل بالاسلام محال والفرضية بخطاب الشرع والقلم عنه مرفوع ولان صحة الاسلام من الاحكام الضارة فانه سبب لحرمان الميراث والنفقة ووقوع الفرق بين الزوجين والصبي ليس من أهل التصرفات الضارة ولهذا لم يصح طلاقه وعتاقه ولم يجب عليه الصوم والصلاة فلا يصح اسلامه (ولنا) انه آمن بالله سبحانه وتعالى عن غيب فيصح ايمانه كالبالغ وهذا لان الايمان عبارة عن التصديق لغة وشرعا وهو تصديق الله سبحانه وتعالى في جميع ما أنزل على رسله أو تصديق رسله في جميع ما جاؤا به عن الله تبارك وتعالى وقد وجد ذلك منه لوجود دليله وهو اقرار العاقل وخصوصا عن طوع فترتب عليه الاحكام لانها مبنية على وجود الايمان حقيقة قال الله تبارك وتعالى ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا وقال عليه الصلاة والسلام لا يرث المؤمن الكافر ولا الكافر المؤمن وقوله انه مرفوع القلم قلنا نعم في الفروع الشرعية فاما في الاصول العقلية فممنوع ووجوب الايمان من الاحكام العقلية فيجب على كل عاقل والحديث يحمل على الاحكام الشرعية توفيقا بين الدلائل و به نقول والله سبحانه وتعالى أعلم وأما أحكام الايمان فنقول والله سبحانه وتعالى الموفق للايمان حكمان أحدهما يرجع الى الآخرة والثاني يرجع الى الدنيا أما الذي يرجع الى الآخرة فكينونة المؤمن من أهل الجنة اذا ختم عليه قال الله تعالى من جاء بالحسنة فله

خيرمنها وأما الذى يرجع الى الدنيا فعصمة النفس والمال لقوله عليه الصلاة والسلام أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله فاذا قالوها عصموا منى دماءهم وأموالهم الا بحقها الا أن عصمة النفس تثبت مقصودة وعصمة المال تثبت تابعة لعصمة النفس اذ النفس أصل فى التخلق والمال خلق بذلة للنفس استبقاءلها فمتى ثبتت عصمة النفس ثبتت عصمة المال تبعا الا اذا وجد القاطع للتبعية على ما نذكر فعلى هذا اذا أسلم أهل بلدة من أهل دار الحرب قبل أن يظهر عليهم المسلمون حرم قتلهم ولا سبيل لاحد على أموالهم على ما قلنا وقد روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال من أسلم على مال فهوله ولو أسلم حربى فى دار الحرب ولم يهاجر الينا فقتله مسلم عمداً أو خطأ فلا شئ عليه الا الكفارة وعند أبى يوسف عليه الدية فى الخطأ وعند الشافعى رحمه الله عليه الدية مع الكفارة فى الخطأ والقصاص فى العمد واحتجا بالعمومات الواردة فى باب القصاص والدية من غير فصل بين مؤمن قتل فى دار الاسلام أو فى دار الحرب (ولنا) قوله تبارك وتعالى فان كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة أوجب سبحانه وتعالى الكفارة وجعلها كل موجب قتل المؤمن الذى هو من قوم عدو لنا لانه جعله جزاء والجزاء ينبئ عن الكفاية فاقتضى وقوع الكفاية بها عما سواها من القصاص والدية جميعا ولان القصاص لم يشرع الا لحكمة الحياة قال الله تعالى ولكم فى القصاص حياة والحاجة الى الاحياء عند قصد القتل لعداوة حاملة عليه ولا يكون ذلك الا عند المخالطة ولم توجد ههنا وعلى هذا اذا أسلم ولم يهاجر الينا حتى ظهر المسلمون على الدار فما كان فى يده من المنقول فهوله ولا يكون فيأ الا عبداً يقاتل فانه يكون فيأ لان نفسه استفادت العصمة بالاسلام وماله الذى فى يده تابع له من كل وجه فكان معصوما تبعاً لعصمة النفس الا عبداً يقاتل لانه اذا قاتل فقد خرج من يد المولى فلم يبق تبعاً له فانقطعت العصمة لانقطاع التبعية فيكون محلا للتملك بالاستيلاء وكذلك ما كان فى يد مسلم أو ذمى وديعة له فهوله ولا يكون فيأ لان يد المودع يده من وجه من حيث انه يحفظ الوديعة له ويد نفسه من حيث الحقيقة وكل واحد منهما معصوم فكان ما فى يده معصوماً فلا يكون محلا للتملك وأما ما كان فى يد حربى وديعة فيكون فيأ عند أبى حنيفة وعندهما يكون له لان يد المودع يده فكان معصوما والصحيح قول أبى حنيفة رحمه الله لانه من حيث انه يحفظ له تكون يده فيكون تبعا له فيكون معصوماً ومن حيث الحقيقة لا يكون معصوماً لان نفس الحربى غير معصومة فوقع الشك فى العصمة فلا تثبت العصمة مع الشك وكذا عقاره يكون فيأ عند أبى حنيفة وأبى يوسف وعند محمد هو والمنقول سواء والصحيح قولهما لانه من حيث انه يتصرف فيه بحسب مشيئته يكون فى يده فيكون تبعاً له من حيث انه محصن محفوظ بنفسه ليس فى يده فلا يكون تبعا له فلا تثبت العصمة مع الشك وأما أولاده الصغار فاحرار مسلمون تبعا له وأولاده الكبار وامرأته يكونون فيأ لانهم فى حكم أنفسهم لانعدام التبعية وأما الولد الذى فى البطن فهو مسلم تبعا لابيه ورقيق تبعا لامه وفيه اشكال وهو ان هذا انشاء الرق على المسلم وانه ممنوع والجواب ان الممتنع انشاء الرق على من هو مسلم حقيقة لا على من له حكم الوجود والاسلام شرعا هذا اذا أسلم ولم يهاجر الينا فظهر المسلمون على الدار فلو أسلم وهاجر الينا ثم ظهر المسلمون على الدار اما أمواله فما كان فى يد مسلم أو ذمى وديعة فهوله ولا يكون فيأ لما ذكرنا وما سوى ذلك فهو فئ لما ذكرنا أيضا وقيل ما كان فى يد حربى وديعة فهو على الخلاف الذى ذكرنا وأما أولاده الصغار فيحكم باسلامهم تبعا لابيهم ولا يسترقون لان الاسلام يمنع انشاء الرق الا رقا ثبت حكما بان كان الولد فى بطن الام وأولاده الكبار فئ لانهم فى حكم أنفسهم فلا يكونون مسلمين باسلام أبيهم وكذلك زوجته والولد الذى فى البطن يكون مسلما تبعا لابيه ورقيقا تبعا لامه ولو دخل الحربى دار الاسلام ثم أسلم ثم ظهر المسلمون على الدار فجميع ماله وأولاده الصغار والكبار وامرأته وما فى بطنها فئ لما لم يسلم فى دار الحرب حتى خرج الينا لم تثبت العصمة لماله لانعدام عصمة النفس فبعد ذلك وان صارت معصومة لكن بعد تباين الدارين وانه يمنع ثبوت التبعية ولو دخل مسلم أو ذمى دار الحرب فاصاب هناك مالا ثم ظهر المسلمون على الدار فحكمه وحكم الذى

أسلم من أهل الحرب ولم يهاجر الينا سواء والله عز وجل أعلم وأما الامان فنقول الامان فى الاصل نوعان أمان مؤقت وأمان مؤبد أما المؤقت فنوعان أيضا أحدهما الامان المعروف وهو أن يحاصر الغزاة مدينة أو حصنا من حصون الكفرة فيستأمنهم الكفار فيؤمنوهم والكلام فيه فى مواضع فى بيان ركن الامان وفى بيان شرائط الركن وفى بيان حكم الامان وفى بيان صفته وفى بيان ما يبطل به الامان فاما ركنه فهو اللفظ الدال على الامان نحو قول المقاتل أمنتكم أو أنتم آمنون أو أعطيتكم الامان وما يجرى هذا المجرى وأما شرائط الركن فأنواع منها ان يكون فى حال يكون بالمسلمين ضعف و بالكفرة قوة لان القتال فرض والامان يتضمن تحريم القتال فيتناقض الا اذا كان فى حال ضعف المسلمين وقوة الكفرة لانه اذ ذاك يكون قتالا معنى لوقوعه وسيلة الى الاستعداد للقتال فلا يؤدى الى التناقض ومنها العقل فلا يجوز أمان المجنون والصبى الذى لا يعقل لان العقل شرط أهلية التصرف ومنها البلوغ وسلامة العقل عن الآفة عند عامة العلماء وعند محمد رحمه الله ليس بشرط حتى ان الصبى المراهق الذى يعقل الاسلام والبالغ المختلط العقل اذا أمن لا يصح عند العامة وعند محمد يصح (وجه) قوله أن أهلية الامان مبنية على أهلية الايمان والصبى الذى يعقل الاسلام من أهل الايمان فيكون من أهل الامان كالبالغ (ولنا) أن الصبى ليس من أهل حكم الامان فلا يكون من أهل الامان وهذا لان حكم الامان حرمة القتال وخطاب التحريم لا يتناوله ولان من شرط صحة الامان أن يكون بالمسلمين ضعف و بالكفرة قوة وهذه حالة خفية لا يوقف عليها الا بالتأمل والنظر ولا يوجد ذلك من الصبى لاشتغاله باللهو واللعب ومنها الاسلام فلا يصح أمان الكافر وان كان يقاتل مع المسلمين لانه متهم فى حق المسلمين فلا تؤمن خيانته ولانه اذا كان متهما فلا يدرى انه بنى امانه على مراعاة مصلحة المسلين من التفرق عن حال القوة والضعف أم لا فيقع الشك فى وجود شرط الصحة فلا يصح مع الشك وأما الحرية فليست بشرط لصحة الامان فيصح أمان العبد المأذون فى القتال بالاجماع وهل يصح أمان العبد المحجور عن القتال اختلف فيه قال أبو حنيفة عليه الرحمة وأبو يوسف رحمه الله لا يصح وقال محمد رحمه الله يصح وهو قول الشافعى رحمه الله (وجه) قوله ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال المسلمون تتكافأ دماؤهم و يسعى بذمتهم أدناهم والذمة العهد والامان نوع عهد والعبد المسلم أدنى المسلمين فيتناوله الحديث ولان حجر المولى يعمل فى التصرفات الضارة دون النافعة بل هو فى التصرفات النافعة غير محجور كقبول الهبة والصدقة ولا مضرة للمولى فى أمان العبد بتعطيل منافعه عليه لانه يتأدى فى زمان قليل بل له ولسائر المسلمين فيه منفعة فلا يظهر انحجاره عنه فاشبه المأذون بالقتال (وجه) قولهما ان الاصل فى الامان أن لا يجوز لان القتال فرض والامان يحرم القتال الا اذ وقع فى حال يكون بالمسلمين ضعف و بالكفرة قوة لوقوعه وسيلة الى الاستعداد للقتال فى هذه الحالة فيكون قتالا معنى اذ الوسيلة الى الشئ حكمها حكم ذلك الشئ وهذه حالة لا تعرف الا بالتأمل والنظر فى حال المسلمين فى قوتهم وضعفهم والعبد المحجور لاشتغاله بخدمة المولى لا يقف عليهما فكان أمانه تركا للقتال المفروض صورة ومعنى فلا يجوز فبهذا فارق المأذون لان المأذون بالقتال يقف على هذه الحالة فيقع أمانه وسيلة الى القتال فكان اقامة للفرض معنى فهو الفرق (وأما) الحديث فلا يتناول المحجور لان الادنى اما ان يكون من الدناءة وهى الخساسة واما ان يكون من الدنو وهو القرب والاول ليس بمراد لان الحديث يتناول المسلمين بقوله عليه الصلاة والسلام المسلمون تتكافأ دماؤهم ولا خساسة مع الاسلام والثانى لا يتناول المحجور لانه لا يكون فى صف القتال فلا يكون أقرب الى الكفرة والله سبحانه وتعالى أعلم وكذلك الذكورة ليست بشرط فيصح أمان المرأة لانها بما معها من العقل لا تعجز عن الوقوف على حال القوة والضعف وقد روى ان سيدتنا زينب بنت النبى المكرم عليه الصلاة والسلام أمنت زوجها أبا العاص رضى الله عنه وأجاز رسول الله صلى الله عليه وسلم امانها وكذلك السلامة عن العمى والزمانة والمرض ليست بشرط فيصح أمان الاعمى والزمن والمريض لان الاصل فى صحة الامان صدوره عن رأى ونظر فى الاحوال الخفية من الضعف والقوة وهذه

العوارض لا تقدح فيه ولا يجوز أمان التاجر فى دار الحرب والاسير فيها والحربى الذى أسلم هناك لان هؤلاء لا يقفون على حال الغزاة من القوة والضعف فلا يعرفون للامان مصلحة ولانهم متهمون فى حق الغزاة لكونهم مقهورين فى أيدى الكفرة وكذلك الجماعة ليست بشرط فيصح أمان الواحد لقوله عليه الصلاة والسلام ويسعى بذمتهم أدناهم ولان الوقوف على حالة القوة والضعف لا يقف على رأى الجماعة فيصح من الواحد وسواء أمن جماعة كثيرة أو قليلة او أهل مصر أو قرية فذلك جائز وأما حكم الامان فهو ثبوت الامن للكفرة لان لفظ الامان يدل عليه وهو قوله أمنت فثبت الامن لهم عن القتل والسبى والاستغنام فيحرم على المسلمين قتل رجالهم وسبى نسائهم وذراريهم واستغنام أموالهم وأما صفته فهو أنه عقد غير لازم حتى لو رأى الامام المصلحة فى النقض ينقض لان جوازه مع أنه يتضمن ترك القتال المفروض كان للمصلحة فاذا صارت المصلحة فى النقض نقض وأما بيان ما ينتقض به الامان فالامر فيه لا يخلو من أحد وجهين اما ان كان الامان مطلقا واما ان كان مؤقتا الى وقت معلوم فان كان مطلقا فانتقاضه يكون بطريقين أحدهما نقض الامام فاذا نقض الامام انتقض لكن ينبغى أن يخبرهم بالنقض ثم يقاتلهم لئلا يكون منهم غدر فى العهد والثانى أن يجىء أهل الحصن بالامان الى الامام فينتقض واذا جاؤا الامام بالامان ينبغى أن يدعوهم الى الاسلام فان أبوا فالى الذمة فان أبوا ردهم الى مأمنهم ثم قاتلهم احترازا عن الغدر فان أبوا الاسلام والجزية وأبوا أن يلحقوا بمأمنهم فان الامام يؤجلهم على ما يرى فان رجعوا الى مأمنهم فى الاجل المضروب والا صاروا ذمة لا يمكنون بعد ذلك أن يرجعوا الى مأمنهم لان مقامهم بعد الاجل المضروب التزام الذمة دلالة وان كان الامان مؤقتا الى وقت معلوم ينتهى بمضى الوقت من غير الحاجة الى النقض ولهم أن يقاتلوهم الا اذا دخل واحد منهم دار الاسلام فمضى الوقت وهو فيه فهو آمن حتى يرجع الى مأمنه والله سبحانه وتعالى أعلم هذا اذا حاصر الغزاة مدينة أو حصنا من حصون الكفرة فجاؤا فاستأمنوهم فاما اذا استنزلوهم عن الحكم فهذا على وجهين (اما) ان استنزلوهم على حكم الله سبحانه وتعالى واما ان استنزلوهم على حكم العباد بان استنزلوهم على حكم رجل فان استنزلوهم على حكم الله سبحانه وتعالى جاز انزالهم عليه عند أبى يوسف والخيار الى الامام ان شاء قتل مقاتلهم وسبى نساءهم وذراريهم وان شاء سبى الكل وان شاء جعلهم ذمة وعند محمد لا يجوز الانزال على حكم الله تعالى فلا يجوز قتلهم واسترقاقهم ولكنهم يدعون الى الاسلام فان أبوا جعلوا ذمة واحتج محمد بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال فى وصايا الامراء عند بعث الجيش واذا حاصرتم مدينة أو حصنا فان أرادوا أن تنزلوهم على حكم الله عز وجل فانكم لا تدرون ما حكم الله تعالى فيهم نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الانزال على حكم الله تعالى ونبه عليه الصلاة والسلام على المعنى وهو أن حكم الله سبحانه وتعالى غير معلوم فكان الانزال على حكم الله تعالى من الامام قضاء بالمجهول وأنه لا يصح واذا لم يصح الانزال على حكم الله سبحانه وتعالى فيدعون الى الاسلام فان أجابوا فهم أحرار مسلمون لا سبيل على أنفسهم وأموالهم وان أبوا لا يقتلهم الامام ولا يسترقهم ولكن يجعلهم ذمة فان طلبوا من الامام أن يبلغهم مأمنهم لم يجبهم اليه لانه لو ردهم الى مأمنهم لصاروا حربا لنا (وجه) قول أبى يوسف أن الاستنزال على حكم الله عز وجل هو الاستنزال على الحكم المشروع للمسلمين فى حق الكفرة والقتل والسبى وعقد الذمة كل ذلك حكم مشروع فى حقهم فجاز الانزال عليه قوله ان ذلك مجهول لا يدرى المنزل عليه أى حكم هو قلنا نعم لكن يمكن الوصول اليه والعلم به لوجود سبب العلم وهو الاختيار وهذا لا يكفى لجواز الانزال عليه كما قلنا فى الكفارات ان الواجب أحد الاشياء الثلاثة وذلك غير معلوم ثم لم يمنع ذلك قوع تعلق التكليف به لوجود سبب العلم به وهو اختيار المكلف كذا هذا يدل عليه أنه يجوز الانزال على حكم العباد بالاجماع والانزال على حكم العباد انزال على حكم الله تعالى حقيقة اذ العبد لا يملك انشاء الحكم من نفسه قال الله تعالى ولا يشرك فى حكمه أحدا وقال تبارك وتعالى ان الحكم الا لله ولكنه يظهر حكم الله عز وجل المشروع فى الحادثة ولهذا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لسعد بن معاذ رضى الله عنه لقد حكمت

بحكم الله تعالى من فوق سبعة أرقعة (وأما) الحديث فيحتمل أنه مصروف الى زمان جواز ورود النسخ وهو حال حياة النبى عليه الصلاة والسلام لانعدام استقرار الاحكام الشرعية فى حياته عليه الصلاة والسلام لئلا يكون الانزال على الحكم المنسوخ عسى لاحتمال النسخ فيما بين ذلك وقد انعدم هذا المعنى بعد وفاته عليه الصلاة والسلام لخروج الاحكام عن احتمال النسخ بوفاته صلى الله عليه وسلم واذا جاز الانزال على حكم الله سبحانه وتعالى عند أبى يوسف فالخيار فيه الى الامام فأيما كان أفضل للمسلمين من القتل والسبى والذمة فعل لان كل ذلك حكم الله سبحانه وتعالى المشروع للمسلمين فى حق الكفرة فان أسلموا قبل الاختيار فهم أحرار مسلمون لا سبيل لاحد عليهم وعلى أموالهم والارض لهم وهى عشرية وكذلك اذا جعلهم ذمة فهم أحرار ويضع على أراضيهم الخراج فان أسلموا قبل توظيف الخراج صارت عشرية هذا اذا كان الانزال على حكم الله سبحانه وتعالى فاما اذا كان على حكم العباد بان استنزلوهم على حكم رجل فهذا لا يخلو من أحد وجهين (اما) ان استنزلوهم على حكم رجل معين بان قالوا على حكم فلان لرجل سموه (واما) ان استنزلوهم على حكم رجل غير معين فان كان الاستنزال على حكم رجل معين فنزلوا على حكمه فحكم عليهم بشئ مما ذكرنا وهو رجل عاقل مسلم عدل غير محدود فى قذف جاز بالاجماع لما روى أن بنى قريظة لما حاصرهم رسول الله صلى الله عليه وسلم خمسا وعشرين ليلة استنزلوا على حكم سعد بن معاذ فحكم سعد أن تقتل رجالهم وتقسم أموالهم وتسبى نساؤهم وذراريهم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لقد حكمت بحكم الله تعالى من فوق سبعة أرقعة فقد استصوب رسول الله صلى الله عليه وسلم حكمه حيث أخبر عليه الصلاة والسلام أن ما حكم به حكم الله سبحانه وتعالى لان حكم الله سبحانه وتعالى لا يكون الا صوابا وليس للحاكم أن يحكم بردهم الى دار الحرب فان حكم فهو باطل لانه حكم غير مشروع لما بينا لانهم بالرد يصيرون حربا لنا وان كان الحاكم عبدا أو صبيا لم يجز حكمه بالاجماع وان كان فاسقا أو محدودا فى القذف لم يجز حكمه عند أبى يوسف وعند محمد يجوز (وجه) قول محمد رحمه الله أن الفاسق يصلح قاضيا فيصلح حكما بالطريق الاولى (وجه) قول أبى يوسف أن المحدود فى القذف لا يصلح حكما لانه ليس من أهل الولاية ولهذا لم يصلح قاضيا وكذا الفاسق لا يصلح حكما وان صلح قاضيا لكنه لا يلزم قضاؤه ولهذا لو رفعت قضيته الى قاض آخر ان شاء أمضاه وان شاء رده وان كان ذميا جاز حكمه فى الكفرة لانه من أهل الشهادة على جنسه وان نزلوا على حكم رجل يختارونه فاختاروا رجلا فان كان موضعا للحكم جاز حكمه وان كان غير موضع للحكم لا يقبل منهم حتى يختاروا رجلا موضعا للحكم فان لم يختاروا أبلغهم الامام مأمنهم لان النزول كان على شرط وهو حكم رجل يختارونه فاذا لم يختاروا فقد بقوا فى يد الامام بالامان فيردهم الى مأمنهم الا أنه لا يردهم الى حصن هو أحصن من الاول ولا الى حد يمتنعون به لان الرد الى المأمن للتحرج عن توهم الغدر وانه يحصل بالرد الى ما كانوا عليه فلا ضرورة فى الرد الى غيره وان نزلوا على حكم رجل غير معين فللامام أن يعين رجلا صالحا للحكم فيهم أو يحكم للمسلمين بنفسه بما هو أفضل لهم والله سبحانه وتعالى أعلم والثانى الموادعة وهى المعاهدة والصلح على ترك القتال يقال توادع الفريقان أى تعاهدا على أن لا يغزو كل واحد منهما صاحبه والكلام فى الموادعة فى مواضع فى بيان ركنها وشرطها وحكمها وصفتها وما ينتقض به أما ركنها فهو لفظة الموادعة أو المسالمة أو المصالحة أو المعاهدة أو ما يؤدى معنى هذه العبارات وشرطها الضرورة وهى ضرورة استعداد القتال بأن كان بالمسلمين ضعف وبالكفرة قوة المجاوزة الى قوم آخرين فلا تجوز عند عدم الضرورة لان الموادعة ترك القتال المفروض فلا يجوز الا فى حال يقع وسيلة الى القتال لانها حينئذ تكون قتالا معنى قال الله تبارك وتعالى ولا تهنوا وتدعوا الى السلم وأنتم الاعلون والله معكم وعند تحقق الضرورة لا بأس به لقول الله تبارك وتعالى وان جنحوا للسلم فاجنح لها وتوكل على الله وقد روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم وادع أهل مكة عام الحديبية على أن توضع الحرب عشر سنين ولا يشترط اذن الامام بالموادعة حتى لو وادعهم الامام أو فريق من المسلمين من غير اذن الامام جازت موادعتهم لان المعول عليه كون عقد الموادعة مصلحة

للمسلمين

للمسلمين وقد وجد ولا بأس بأن يأخذ المسلمون على ذلك جعلا لان ذلك فى معنى الجزية ويوضع موضع الخراج فى بيت المال ولا بأس أن يطلب المسلمون الصلح من الكفرة ويعطوا على ذلك مالا اذا اضطروا اليه لقوله سبحانه وتعالى وان جنحوا للسلم فاجنح لها أباح سبحانه وتعالى لنا الصلح مطلقا فيجوز ببدل أو غير بدل ولان الصلح على مال لدفع شر الكفرة للحال والاستعداد للقتال فى الثانى من باب المجاهدة بالمال والنفس فيكون جائزا وتجوز موادعة المرتدين اذا غلبوا على دار من دور الاسلام وخيف منهم ولم تؤمن غائلتهم لما فيه من مصلحة دفع الشر للحال ورجاء رجوعهم الى الاسلام وتوبتهم ولا يؤخذ منهم على ذلك مال لان ذلك فى معنى الجزية ولا يجوز أخذ الجزية من المرتدين فان أخذ منهم شيأ لا يرد لانه مال غير معصوم ألا ترى ان أموالهم محل للاستيلاء كأموال أهل الحرب وكذلك البغاة تجوز موادعتهم لانه لما جازت موادعة الكفرة فلأن تجوز موادعة المسلمين أولى ولكن لا يؤخذ منهم على ذلك مال لان المال المأخوذ على ترك القتال يكون فى معنى الجزية ولا تؤخذ الجزية الا من كافر (وأما) حكم الموادعة فما هو حكم الامان المعروف وهو أن يأمن الموادعون على أنفسهم وأموالهم ونسائهم وذراريهم لانها عقد أمان أيضا ولو خرج قوم من الموادعين الى بلدة أخرى ليست بينهم وبين المسلمين موادعة فغزا المسلمون تلك البلدة فهؤلاء آمنون لا سبيل لاحد عليهم لان عقد الموادعة أفاد الامان لهم فلا ينتقض بالخروج الى موضع آخر كما فى الامان المؤبد وهو عقد الذمة انه لا يبطل بدخول الذمى دار الحرب كذا هذا وكذلك لو دخل فى دار الموادعة رجل من غير دارهم بامان ثم خرج الى دار الاسلام بغير أمان فهو آمن لانه لما دخل دار الموادعين بأمانهم صار كواحد من جملتهم فلو عاد الى داره ثم دخل دار الاسلام بغير أمان كان فيأ لنا أن نقتله ونأسره لانه لما رجع الى داره فقد خرج من أن يكون من أهل دار الموادعة فبطل حكم الموادعة فى حقه فاذا دخل دار الاسلام فهذا حربى دخل دار الاسلام ابتداء بغير أمان ولو أسر واحدا من الموادعين أهل دار أخرى فغزى المسلمون على تلك الدار كان فيأ وقد ذكرنا انه لو دخل اليهم تاجرا فهو آمن (ووجه) الفرق انه لما أسر فقد انقطع حكم دار الموادعة فى حقه واذا دخل تاجرا لم ينقطع والله تعالى أعلم (وأما) صفة عقد الموادعة فهو انه عقد غير لازم محتمل للنقض فللامام أن ينبذ اليهم لقوله سبحانه وتعالى واما تخافن من قوم خيانة فانبذ اليهم على سواء فاذا وصل النبذ الى ملكهم فلا بأس للمسلمين أن يغزوا عليهم لان الملك يبلغ قومه ظاهرا الا اذا استيقن المسلمون ان خبر النبذ لم يبلغ قومه ولم يعلموا به فلا أحب أن يغزوا عليهم لان الخبر اذا لم يبلغهم فهم على حكم الامان الاول فكان قتالهم مناغدرا وتغريرا وكذلك اذا كان النبذ من جهتهم بان أرسلوا الينا رسولا بالنبذ وأخبروا الامام بذلك فلا بأس للمسلمين أن يغزوا عليهم لما قلنا الا اذا استيقن المسلمون أن أهل ناحية منهم لم يعلموا بذلك لما بينا ولو وادع الامام على جعل أخذه منهم ثم بدا له أن ينقض فلا بأس به لما بينا أنه عقد غير لازم فكان محتملا للنقض ولكن يبعث اليهم بحصة ما بقى من المدة من الجعل الذى أخذه لانهم انما أعطوه ذلك بمقابلة الامان فى كل المدة فاذا فات بعضها لزم الرد بقدر الفائت هذا اذا وقع الصلح على أن يكونوا مستبقين على أحكام الكفر (فاما) اذا وقع الصلح على انه يجرى عليهم أحكام الاسلام فهو لازم لا يحتمل النقض لان الصلح الواقع على هذا الوجه عقد ذمة فلا يجوز الامام أن ينبذ اليهم والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) بيان ما ينتقض به عقد الموادعة فالجملة فيه أن عقد الموادعة (اما) ان كان مطلقا عن الوقت (واما) ان كان موقتا بوقت معلوم فان كان مطلقا عن الوقت فالذى ينتقض به نوعان نص ودلالة فالنص هو النبذ من الجانبين صريحا (وأما) الدلالة فهى أن يوجد منهم ما يدل على النبذ نحو أن يخرج قوم من دار الموادعة باذن الامام ويقطعوا الطريق فى دار الاسلام لان اذن الامام بذلك دلالة النبذ ولو خرج قوم من غير اذن الامام فقطعوا الطريق فى دار الاسلام فان كانوا جماعة لا منعة لهم لا يكون ذلك نقضا للعهد لان قطع الطريق بلا منعة لا يصلح دلالة للنقض ألا ترى انه لو نص واحد منهم على النقض لا ينتقض كما فى الامان المؤبد وهو عقد الذمة وان كانوا جماعة لهم منعة فخرجوا بغير اذن الامام ولا اذن أهل مملكته

فالملك وأهل مملكته على موادعتهم لانعدام دلالة النقض فى حقهم ولكن ينتقض العهد فيما بين القطاع حتى يباح قتلهم واسترقاقهم لوجود دليل النقض منهم وان كان موقتا بوقت معلوم ينتهى العهد بانتهاء الوقت من غير الحاجة الى النبذ حتى كان للمسلمين أن يغزوا عليهم لان العقد المؤقت الى غاية ينتهى بانتهاء الغاية من غير الحاجة الى الناقض ولو كان واحد منهم دخل الاسلام بالموادعة المؤقتة فمضى الوقت وهو فى دار الاسلام فهو آمن حتى يرجع الى مأمنه لان التعرض له يوهم الغدر والتعز يرفيجب التحرز عنه ما أمكن والله تعالى أعلم (وأما) الامان المؤبد فهو المسمى بعقد الذمة والكلام فيه فى مواضع فى بيان ركن العقد وفى بيان شرائط الركن وفى بيان حكم العقد وفى بيان صفة العقد وفى بيان ما يؤخذ به أهل الذمة وما يتعرض له وما لا يتعرض له (أما) ركن العقد فهو نوعان نص ودلالة (أما) النص فهو لفظ يدل عليه وهو لفظ العهد والعقد على وجه مخصوص (وأما) الدلالة فهى فعل يدل على قبول الجزية نحو أن يدخل حربى فى دار الاسلام بامان فان أقام بها سنة بعد ما تقدم اليه فى أن يخرج أو يكون ذميا والاصل أن الحربى اذا دخل دار الاسلام بامان ينبغى للامام أن يتقدم اليه فيضرب له مدة معلومة على حسب ما يقتضى رأيه و يقول له ان جاوزت المدة جعلتك من أهل الذمة فاذا جاوزها صار ذميا لانه لما قال له ذلك فلم يخرج حتى مضت المدة فقد رضى بصيرورته ذميا فاذا أقام سنة من يوم قال له الامام أخذ منه الجزية ولا يتركه يرجع الى وطنه قبل ذلك وان خرج بعد تمام السنة فلا سبيل عليه ولو قال الامام عند الدخول ادخل ولا تمكث سنة فمكث سنة صار ذميا ولا يمكن من الرجوع الى وطنه لما قلنا ولو اشترى المستأمن أرضا خراجية فاذا وضع عليه الخراج صار ذميا لان وظيفة الخراج يختص بالمقام فى دار الاسلام فاذا قبلها فقد رضى بكونه من أهل دار الاسلام فيصير ذميا ولو باعها قبل أن يجبى خراجها لا يصير ذميا لان دليل قبول الذمة وجوب الخراج لا نفس الشراء فالم يوضع عليه الخراج لا يصير ذميا ولو استأجر أرضا خراجية فزرعها لم يصر ذميا لان الخراج على الآجر دون المستأجر فلا يدل على التزام الذمة الا اذا كان خراج مقاسمة فاذا أخرجت الارض وأخذ الامام الخراج من الخارج وضع عليه الجزية وجعله ذميا ولو اشترى المستأمن أرض المقاسمة وأجرها من رجل من المسلمين فاخذ الامام الخراج من ذلك لا يصير المستأمن ذميا لما بينا أن نفس الشراء لا يدل على الالتزام بل دليل الالتزام هو وجوب الخراج عليه ولم يجب ولو اشترى الحربى المستأمن أرض خراج فزرعها فاخرجت زرعا فاصاب الزرع آفة أنه لا يصير ذميا لانه اذا أصاب الزرع آفة لم يجب الخراج فصار كانه لم يزرعها فبقى نفس الشراء وأنه لا يصلح دليل قبول الذمة ولو وجب على المستأمن الخراج فى أقل من سنة منذ يوم ملكها صار ذميا حين وجوب الخراج و يؤخذ منه خراج رأسه بعد سنة مستقبلة لانه بوجوب خراج الارض صار ذميا كان عقد الذمة نصا فيعتبر ابتداء العقد من حين وجوب الخراج فيؤخذ خراج الرأس بعد تمام السنة من ذلك الوقت ولو تزوجت الحربية المستأمنة فى دار الاسلام ذميا صارت ذمية ولو تزوج الحربى المستأمن فى دار الاسلام ذمية لم يصر ذميا (ووجه) الفرق ان المرأة تابعة لزوجها فاذا تزوجت بذمى فقد رضيت بالمقام فى دارنا فصارت ذمية تبعا لزوجها فأما الزوج فليس بتابع للمرأة فلا يكون تزوجه اياها دليل الرضا بالمقام فى دارنا فلا يصير ذميا والله تعالى أعلم (وأما) شرائط الركن فأنواع (منها) أن لا يكون المعاهد من مشركى العرب فانه لا يقبل منهم الا الاسلام أو السيف لقوله تعالى اقتلوا المشركين حيث وجدتموهم الى قوله تعالى فخلوا سبيلهم أمر سبحانه وتعالى بقتل المشركين ولم يأمر بتخلية سبيلهم الا عند توبتهم وهى الاسلام و يجوز عقد الذمة مع أهل الكتاب لقول الله تبارك وتعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر الى قوله تعالى من الذين أوتوا الكتاب الآية وسواء كانوا من العرب أو من العجم لعموم النص و يجوز مع المجوس لانهم ملحقون بأهل الكتاب فى حق الجزية لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال فى المجوس سنوا بهم سنة أهل الكتاب وكذلك فعل سيدنا عمر رضى الله عنه بسواد العراق وضرب الجزية على جماجمهم والخراج على أراضيهم ثم وجه الفرق بين مشركى العرب وغيرهم من أهل الكتاب ومشركى

العجم

العجم ان أهل الكتاب انما تركوا بالذمة وقبول الجزية لا رغبة فيما يؤخذ منهم أو طمع فى ذلك بل للدعوة الى الاسلام ليخالطوا المسلمين فيتاملوا فى محاسن الاسلام وشرائعه و ينظروا فيها فيروها مؤسسة على ما تحتمله العقول وتقبله فيدعوهم ذلك الى الاسلام فيرغبون فيه فكان عقد الذمة لرجاء الاسلام وهذا المعنى لا يحصل بعقد الذمة مع مشركى العرب لانهم أهل تقليد وعادة لا يعرفون سوى العادة وتقليد الآباء بل يعبدون ما سوى ذلك سخرية وجنونا فلا يشتغلون بالتأمل والنظر فى محاسن الشريعة ليقفوا عليها فيدعوهم الى الاسلام فتعين السيف داعيا لهم الى الاسلام ولهذا لم يقبل رسول الله صلى الله عليه وسلم منهم الجزية ومشركو العجم ملحقون باهل الكتاب فى هذا الحكم بالنص الذى روينا (ومنها) أن لا يكون مرتدا فانه لا يقبل من المرتد أيضا الا الاسلام أو السيف لقول الله تبارك وتعالى تقاتلونهم أو يسلمون قيل ان الآية نزلت فى أهل الردة من بنى حنيفة ولان العقد فى حق المرتد لا يقع وسيلة الى الاسلام لان الظاهر انه لا ينتقل عن دين الاسلام بعد ما عرف محاسنه وشرائعه المحمودة فى العقول الا لسوء اختياره وشؤم طبعه فيقع اليأس عن فلاحه فلا يكون عقد الذمة وقبول الجزية فى حقه وسيلة الى الاسلام والله تعالى أعلم (وأما) الصابؤن فيعقد لهم عقد الذمة لما ذكرنا فى كتاب النكاح عند أبى حنيفة هم قوم من أهل الكتاب يقرؤن الزبور وعندهما قوم يعبدون الكواكب فكانوا فى حكم عبدة الاوثان فتؤخذ منهم الجزية اذا كانوا من العجم والله تعالى أعلم (ومنها) أن يكون مؤبداً فان وقت له وقتا لم يصح عقد الذمة لان عقد الذمة فى إفادة العصمة كالخلف عن عقد الاسلام وعقد الاسلام لا يصح الامؤبداً فكذا عقد الذمة والله تعالى أعلم (وأما) بيان حكم العقد فنقول و بالله التوفيق ان لعقد الذمة أحكاما (منها) عصمة النفس لقوله تعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله الى قوله عز وجل حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون نهى سبحانه وتعالى اباحة القتال الى غاية قبول الجزية واذا انتهت الاباحة تثبت العصمة ضرورة (ومنها) عصمة المال لانها تابعة لعصمة النفس وعن سيدنا على رضى الله عنه أنه قال انما قبلوا عقد الذمة لتكون أموالهم كاموالنا ودماؤهم كدمائنا والكلام فى وجوب الجزية فى مواضع فى بيان سبب وجوب الجزية وفى بيان شرائط الوجوب وفى بيان وقت الوجوب وفى بيان مقدار الواجب وفى بيان ما يسقط به بعد الوجوب (أما) الاول فسبب وجوبها عقد الذمة وأما شرائط الوجوب فانواع (منها) العقل (ومنها) البلوغ (ومنها) الذكورة فلا تجب على الصبيان والنساء والمجانين لان الله سبحانه وتعالى أوجب الجزية على من هو من أهل القتال بقوله تعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر الآية والمقاتلة مفاعلة من القتال فتستدعى أهلية القتال من الجانبين فلا تجب على من ليس من أهل القتال وهؤلاء ليسوا من أهل القتال فلا تجب عليهم (ومنها) الصحة فلا تجب على المريض اذا مرض السنة كلها لان المريض لا يقدر على القتال وكذلك إن مرض أكثر السنة وان صح أكثر السنة وجبت لان للاكثر حكم الكل (ومنها) السلامة عن الزمانة والعمى والكبر فى ظاهر الرواية فلا تجب على الزمن والاعمى والشيخ الكبير وروى عن أبى يوسف انها ليست بشرط وتجب على هؤلاء اذا كان لهم مال والصحيح جواب ظاهر الرواية لان هؤلاء ليسوا من أهل القتال عادة ألا ترى انهم لا يقتلون وكذا الفقير الذى لا يعتمل لا قدرة له لان من لا يقدر على العمل لا يكون من أهل القتال (وأما) أصحاب الصوامع فعليهم الجزية اذا كانوا قادرين على العمل لانهم من أهل القتال فعدم العمل مع القدرة على العمل لا يمنع الوجوب كما اذا كان له أرض خراجية فلم يزرعها مع القدرة على الزراعة لا يسقط عنه الخراج والله تعالى أعلم (ومنها) الحرية فلا تجب على العبد لان العبد ليس من أهل ملك المال (وأما) وقت الوجوب فأول السنة لانها تجب لحقن الدم فى المستقبل فلا تؤخر الى آخر السنة ولكن تؤخذ فى كل شهر من الفقير درهم ومن المتوسط درهمان ومن الغنى أربعة دراهم (وأما) بيان مقدار الواجب فنقول و بالله التوفيق الجزية على ضربين جزية توضع بالتراضى وهو الصلح وذلك يتقدر بقدر ما وقع عليه الصلح كما صالح رسول الله صلى الله عليه وسلم

أهل نجران على الف ومائتى حلة وجزية يضعها الامام عليهم من غير رضاهم بان ظهر الامام على أرض الكفار وأقرهم على أملاكهم وجعلهم ذمة وذلك على ثلاثة مراتب لان الذمة ثلاث طبقات أغنياء وأوساط وفقراء فيضع على الغنى ثمانية وأربعين درهماً وعلى الوسط أربعة وعشرين درهما وعلى الفقير المعتمل اثنى عشر درهماً كذا روى عن سيدنا عمر رضى الله تعالى عنه أنه أمر عثمان بن حنيف حين بعثه الى السواد أن يضع هكذا وكان ذلك من سيدنا عمر رضى الله عنه بمحضر من الصحابة من المهاجرين والانصار رضى الله عنهم ولم ينكر عليه أحد فهو كالاجماع على ذلك مع ما أنه لا يحتمل أن يكون من سيدنا عمر رضى الله عنه رأيا لان المقدرات سبيل معرفتها التوقيف والسمع لا العقل فهو كالمسموع من رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم اختلف فى تفسير الغنى فى هذا الباب والوسط والفقير قال بعضهم من لم يملك نصابا تجب فى مثله الزكاة على المسلمين وهو مائتا درهم فهو فقير ومن ملك مائتى درهم فهو من الاواسط ومن ملك أربعة آلاف درهم فصاعدا فهو من الاغنياء لما روى عن سيدنا على وعبد الله بن سيدنا عمر رضى الله تعالى عنهم انهما قالا أربعة آلاف درهم فما دونها نفقة وما فوق ذلك كنز وقيل من ملك مائتى درهم الى عشرة آلاف فما دونها فهو من الاوساط ومن ملك زيادة على عشرة آلاف فهو من الاغنياء والله تعالى أعلم (وأما) ما يسقطها بعد الوجوب فانواع (منها) الاسلام (ومنها) الموت عندنا فان الذمى اذا أسلم اومات سقطت الجزية عندنا وعند الشافعى رحمه الله لا تسقط بالموت والاسلام (وجه) قوله ان الجزية وجبت عوضاً عن العصمة بقوله تعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله الى قوله جل شأنه حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون أباح جلت عظمته دماء أهل القتال ثم حقنها بالجزية فكانت الجزية عوضاً عن حقن الدم وقد حصل له المعوض فى الزمان الماضى فلا يسقط عنه العوض (ولنا) ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال ليس على مسلم جزية وعن سيدنا عمر رضى الله عنه انه رفع الجزية بالاسلام فقال والله ان فى الاسلام لمعاذاً ان فعل ولانها وجبت وسيلة الى الاسلام فلا تبقى بعد الاسلام والموت كالقتال والدليل على انها وجبت وسيلة الى الاسلام ان الاسلام فرض بالنصوص والجزية تتضمن ترك القتال فلا يجوز شرع عقد الذمة والجزية الذى فيه ترك القتال الا لما شرع له القتال وهو التوسل الى الاسلام والا فيكون تناقضا والشريعة لا تتناقض وتعذر تحقيق معنى التوسل بعد الموت والاسلام فيسقط ضرورة وقوله انها وجبت عوضا عن حقن الدم ممنوع بل ما وجبت الا وسيلة الى الاسلام لان تمكين الكفرة فى دار الاسلام وترك قتالهم مع قولهم فى الله ما لا يليق بذاته وصفاته تبارك وتعالى للوصول الى عرض يسير من الدنيا خارج عن الحكم والعقل فاما التوسل الى الاسلام واعدام الكفرة فمعقول مع ما انها ان وجبت لحقن الدم فانما تجب كذلك فى المستقبل واذا صار دمه محقونا فيما مضى فلا يجوز أخذ الجزية لاجله فتسقط (ومنها) مضى سنة تامة ودخول سنة أخرى عند أبى حنيفة وعندهما لا تسقط حتى انه اذا مضى على الذمة سنة كاملة ودخلت سنة أخرى قبل أن يؤديها الذمى تؤخذ منه للسنة المستقبلة ولا تؤخذ للسنة الماضية عنده وعندهما تؤخذ لما مضى ما دام ذميا والمسئلة تعرف بالمواتيد(١) انها تؤخذ أم لا (وجه) قولهما ان الجزية أحد نوعى الخراج فلا تسقط بالتأخير الى سنة أخرى استدلالا بالخراج الآخر وهو خراج الارض وهذا لان كل واحد منهما دين فلا تسقط بالتأخير كسائر الديون ولابى حنيفة رحمه الله وجهان (أحدهما) ان الجزية ما وجبت الا لرجاء الاسلام واذا لم يوجد حتى دخلت سنة أخرى انقطع الرجاء فيما مضى وبقى الرجاء فى المستقبل فيؤخذ للسنة المستقبلة والثانى ان الجزية انما جعلت لحقن الدم فى المستقبل فاذا صار دمه محقونا فى السنة الماضية فلا تؤخذ الجزية لاجلها لانعدام الحاجة الى ذلك كما اذا أسلم أو مات تسقط عنه الجزية لعدم الحاجة الى الحقن بالجزية كذا هذا والاعتبار بخراج الارض غير سديد فان المجوسى اذا أسلم بعد مضى السنة لا يسقط عنه خراج الارض ويسقط عنه خراج الرأس بلا خلاف بين أصحابنا رحمهم الله وبه تبين ان هذا ليس كسائر الديون فبطل الاعتبار بها والله تعالى أعلم (وأما) صفة العقد فهو انه لازم فى حقنا حتى لا يملك المسلمون نقضه بحال من الاحوال وأما فى حقهم فغير لازم بل

(١) كذا فى الاصل وفى نسخة هكذا بالمواثيد

يحتمل

يحتمل الانتفاع فى الجملة لكنه لا ينتقض الا باحد أمور ثلاثة أحدها ان يسلم الذمى لما مر ان الذمة عقدت وسيلة الى الاسلام وقد حصل المقصود والثانى أن يلحق بدار الحرب لانه اذا لحق بدار الحرب صار بمنزلة المرتد الا ان الذمى اذا لحق بدار الحرب يسترق والمرتد اذا لحق بدار الحرب لا يسترق لما نذكره ان شاء الله تعالى (والثالث) ان يغلبوا على موضع فيحاربون لانهم اذا فعلوا ذلك فقد صاروا أهل الحرب و ينتقض العهد ضرورة ولو امتنع الذمى من اعطاء الجزية لا ينتقض عهده لان الامتناع يحتمل ان يكون لعذر العدم فلا ينتقض العهد بالشك والاحتمال وكذلك لو سب النبي عليه الصلاة والسلام لا ينتقض عهده لان هذا زيادة كفر على كفر والعقد يبقى مع اصل الكفر فيبقى مع الزيادة وكذلك لو قتل مسلماً او زنى بمسلمة لان هذه معاص ارتكبوها وهى دون الكفر فى القبح والحرمة ثم بقيت الذمة مع الكفر فمع المعصية أولى والله تعالى أعلم (وأما) بيان ما يؤخذ به أهل الذمة وما يتعرض له وما لا يتعرض فنقول و بالله التوفيق ان اهل الذمة يؤخذون باظهار علامات يعرفون بها ولا يتركون يتشبهون بالمسلمين فى لباسهم ومركبهم وهيئتهم فيؤخذ الذمى بان يجعل على وسطه كشحا مثل الخيط الغليظ و يلبس قلنسوة طويلة مضروبة و يركب سرجا على قربوسه مثل الرمانة ولا يلبس طيلسانا مثل طيالسة المسلمين و رداء مثل أردية المسلمين والاصل فيه ما روى ان عمر بن عبد العزيز رحمه الله مر على رجال ركوب ذوى هيئة فظنهم مسلمين فسلم عليهم فقال له رجل من أصحابه أصلحك الله تدرى من هؤلاء فقال من هم فقال هؤلاء نصارى بنى تغلب فلما أتى منزله أمر أن ينادى فى الناس أن لا يبقى نصرانى الا عقد ناصيته و ركب الاكاف ولم ينقل أنه أنكر عليه أحد فيكون كالاجماع ولان السلام من شعائر الاسلام فيحتاج المسلمون إلى إظهار هذه الشعائر عند الالتقاء ولا يمكنهم ذلك إلا بتمييز أهل الذمة بالعلامة ولان فى إظهار هذه العلامات إظهار آثار الذلة عليهم وفيه صيانة عقائد ضعفة المسلمين عن التغيير على ما قال سبحانه وتعالى ولولا أن يكون الناس أمة واحدة لجعلنا لمن يكفر بالرحمن لبيوتهم سقفا من فضة ومعارج عليها يظهرون وكذا يجب أن تتميز نساؤهم عن نساء المسلمين فى حال المشى فى الطريق و يجب التمييز فى الحمامات فى الازر فيخالف ازرهم أزر المسلمين لما قلنا وكذا يجب أن تميز الدور بعلامات تعرف بها دورهم من دور المسلمين ليعرف السائل المسلم انها دور الكفرة فلا يدعو لهم بالمغفرة و يتركون أن يسكنوا فى أمصار المسلمين يبيعون و يشترون لان عقد الذمة شرع ليكون وسيلة لهم الى الاسلام وتمكينهم من المقام فى أمصار المسلمين أبلغ الى هذا المقصود وفيه أيضاً منفعة المسلمين بالبيع والشراء فيمكنون من ذلك ولا يمكنون من بيع الخمور والخنازير فيها ظاهراً لان حرمة الخمر والخنزير ثابتة فى حقهم كما هى ثابتة فى حق المسلمين لانهم مخاطبون بالحرمات وهو الصحيح عند أهل الاصول على ما عرف فى موضعه فكان اظهار بيع الخمر والخنزير منهم اظهاراً للفسق فيمنعون من ذلك وعندهم ان ذلك مباح فكان اظهار شعائر الكفر فى مكان معد لاظهار شعائر الاسلام وهو أمصار المسلمين فيمنعون من ذلك وكذا يمنعون من ادخالها فى امصار المسلمين ظاهرا وروى عن أبى يوسف انى أمنعهم من ادخال الخنازير فرق بين الخمر والخنزير لما فى الخمر من خوف وقوع المسلم فيها ولا يتوهم ذلك فى الخنزير ولا يمكنون من إظهار صليبهم فى عيدهم لانه اظهار شعائر الكفر فلا يمكنون من ذلك فى أمصار المسلمين ولو فعلوا ذلك فى كنائسهم لا يتعرض لهم وكذا لو ضربوا الناقوس فى جوف كنائسهم القديمة لم يتعرض لذلك لان اظهار الشعائر لم يتحقق فان ضربوا به خارجا منها لم يمكنوا منه لما فيه من اظهار الشعائر ولا يمنعون من اظهار شىء مما ذكرنا من بيع الخمر والخنزير والصليب وضرب الناقوس فى قرية أو موضع ليس من أمصار المسلمين ولو كان فيه عدد كثير من أهل الاسلام وانما يكره ذلك فى أمصار المسلمين وهى التى يقام فيها الجمع والاعياد والحدود لان المنع من اظهار هذه الاشياء لكونه اظهار شعائر الكفر فى مكان اظهار شعائر الاسلام فيختص المنع بالمكان المعد لاظهار الشعائر وهو المصر الجامع (وأما) اظهار فسق يعتقدون حرمته كالزنا وسائر الفواحش التى هى حرام فى دينهم فانهم يمنعون من ذلك سواء كانوا فى أمصار المسلمين أو فى أمصارهم

ومدائنهم وقراهم وكذا المزامير والعيدان والطبول فى الغنا واللعب بالحمام ونظيرها يمنعون من ذلك كله فى الامصار والقرى لانهم يعتقدون حرمة هذه الافعال كما نعتقدها نحن فلم تكن مستثناة عن عقد الذمة ليقروا عليها (وأما) الكنائس والبيع القديمة فلا يتعرض لها ولا يهدم شئ منها (واما) احداث كنيسة أخرى فيمنعون عنه فيما صار مصراً من أمصار المسلمين لقوله عليه الصلاة والسلام لا كنيسة فى الاسلام الا فى دار الاسلام ولو انهدمت كنيسة فلهم ان يبنوها كما كانت لان لهذا البناء حكم البقاء ولهم ان يستبقوها فلهم ان يبنوها وليس لهم ان يحولوها من موضع الى موضع آخر لان التحويل من موضع الى موضع آخر فى حكم احداث كنيسة أخرى (وأما) فى القرى أو فى موضع ليس من أمصار المسلمين فلا يمنعون من احداث الكنائس والبيع كما لا يمنعون من اظهار بيع الخمور والخنازير لما بينا ولو ظهر الامام على قوم من أهل الحرب فرأى أن يجعلهم ذمة ويضع على رؤسهم الجزية وعلى أراضيهم الخراج لا يمنعون من اتخاذ الكنائس والبيع واظهار بيع الخمر والخنزير لان الممنوع اظهار شعائر الكفر فى مكان اظهار شعائر الاسلام وهو أمصار المسلمين ولم يوجد بخلاف ما اذا صاروا ذمة بالصلح بان طلب قوم من أهل الحرب منا أن يصيروا ذمة يؤدون عن رقابهم وأراضيهم شيئاً معلوما ونجرى عليهم أحكام الاسلام فصالحناهم على ذلك فكانت أراضيهم مثل أراضى الشام مدائن وقرى ورساتيق وأمصار انه لا يتعرض لكنائسهم القديمة ولكنهم لو أرادوا أن يحدثوا شيأ منها يمنعوا من ذلك لانها صارت مصراً من أمصار المسلمين واحداث الكنيسة فى مصر من أمصار المسلمين ممنوع عنه شرعا فان مصر الامام مصراً للمسلمين كما مصر سيدنا عمر رضى الله عنه الكوفة والبصرة فاشترى قوم من أهل الذمة دوراً وأرادوا أن يتخذوا فيها كنائس لا يمكنوا من ذلك لما قلنا وكذلك لو تخلى رجل فى صومعته منع من ذلك لان ذلك فى معنى اتخاذ الكنيسة وكل مصر من أمصار المشركين ظهر عليه الامام عنوة وجعلهم ذمة فما كان فيه كنيسة قديمة منعهم من الصلاة فى تلك الكنائس لانه لما فتح عنوة فقد استحقه المسلمون فيمنعهم من الصلاة فيها ويأمرهم ان يتخذوها مساكن ولا ينبغى ان يهدمها وكذلك كل قرية جعلها الامام مصراً ولو عطل الامام هذا المصر وتركوا اقامة الجمع والاعياد والحدود فيه كان لاهل القرية ان يحدثوا ما شاؤا الا انه عاد قرية كما كانت نصرانية تحت مسلم لا يمكنها من نصب الصليب فى بيته لان نصب الصليب كنصب الصنم وتصلى فى بيته حيث شاءت هذا الذى ذكرنا حكم أرض العجم (وأما) أرض العرب فلا يترك فيها كنيسة ولا بيعة ولا يباع فيها الخمر والخنزير مصراً كان أو قرية أو ماء من مياه العرب ويمنع المشركون ان يتخذوا أرض العرب مسكنا ووطنا كذا ذكره محمد تفضيلا لارض العرب على غيرها وتطهيرا لها عن الدين الباطل قال عليه الصلاة والسلام لا يجتمع دينان فى جزيرة العرب وأما الالتجاء الى الحرم فان الحربى اذا التجأ الى الحرم لا يباح قتله فى الحرم ولكن لا يطعم ولا يسقى ولا يؤوى ولا يبايع حتى يخرج من الحرم وعند الشافعى رحمه الله يقتل فى الحرم واختلف أصحابنا فيما بينهم قال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله لا يقتل فى الحرم ولا يخرج منه أيضا وقال أبو يوسف رحمه الله لا يباح قتله فى الحرم ولكن يباح اخراجه من الحرم للشافعى رحمه الله قوله تبارك وتعالى اقتلوا المشركين حيث وجدتموهم وحيث يعبر به عن المكان فكان هذا اباحة لقتل المشركين فى الاماكن كلها (ولنا) قوله تبارك وتعالى أولم يروا انا جعلنا حرما آمنا هذا اذا دخل ملتجئا اما اذا دخل مكابراً أو مقاتلا يقتل لقوله تعالى ولا تقاتلوهم عند المسجد حتى يقاتلوكم فيه فان قاتلوكم فاقتلوهم ولانه لما دخل مقاتلا فقد هتك حرمة الحرم فيقتل تنكيلا للهتك زجراً لغيره عن الهتك وكذلك لو دخل قوم من أهل الحرب للقتال فانهم يقتلون ولو انهزموا من المسلمين فلا شئ على المسلمين فى قتلهم واسرهم والله تعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان حكم الغنائم وما يتصل بها فنقول وبالله التوفيق ههنا ثلاثة أشياء النفل والفئ والغنيمة فلا بد من بيان معانى هذه الالفاظ وما يتعلق بها من الشرائط والاحكام (أما) النفل فى اللغة فعبارة عن الزيادة ومنه سمى ولد الولد نافلة لانه زيادة على الولد الصلبى وسميت نوافل العبادات لكونها زيادات على الفرائض وفى الشريعة عبارة

عما خصه الامام لبعض الغزاة تحريضا لهم على القتال سمى نفلا لكونه زيادة على ما يسهم لهم من الغنيمة والتنفيل هو تخصيص بعض الغزاة بالزيادة نحو أن يقول الامام من أصاب شيأ فله ربعه أو ثلثه أو قال من أصاب شيأ فهو له أو قال من أخذ شيأ أو قال من قتل قتيلا فله سلبه أو قال لسرية ما أصبتم فلكم ربعه أو ثلثه أو قال فهو لكم وذلك جائز لان التخصيص بذلك تحريض على القتال وانه أمر مشروع ومندوب اليه قال الله تعالى عز شأنه يا أيها النبي حرض المؤمنين على القتال الا انه لا ينبغي للامام أن ينفل بكل المأخوذ لان التنفيل بكل المأخوذ قطع حق الغانمين عن النفل أصلا لكن مع هذا لو رأى الامام المصلحة فى ذلك ففعله مع سرية جاز لان المصلحة قد تكون فيه فى الجملة ويجوز التنفيل فى سائر الاموال من الذهب والفضة والسلب وغير ذلك لان معنى التحريض على القتال يتحقق فى الكل والسلب هو ثياب المقتول وسلاحه الذى معه ودابته التى ركبها بسرجها وآلاتها وما كان معه من مال فى حقيبة على الدابة أو على وسطه (وأما) حقيبة غلامه وما كان مع غلامه من دابة أخرى فليس بسلب ولو اشتركا فى قتل رجل كان السلب بينهما فان بدأ أحدهما فضربه ثم أجهزه الآخر بان كانت الضربة الاولى قد أثخنته وصيرته الى حال لا يقاتل ولا يعين على القتال فالسلب للاول لانه قتيل الاول وان كانت الضربة الاولى لم تصيره الى هذه الحالة فالسلب للثانى لانه قتيل الثانى ولو قتل رجل واحد قتيلين أو أكثر فله سلبه وهل يدخل الامام فى التنفيل ان قال فى جميع ذلك منكم لا يدخل لانه خصهم وان لم يقل منكم يدخل لانه عم الكلام هذا اذا نفل الامام فان لم ينفل شيأ فقتل رجل من الغزاة قتيلا لم يختص بسلبه عندنا وقال الشافعى رحمه الله تعالى ان قتله مدبرا منهزما لم يختص بسلبه وان قتله مقبلا مقاتلا يختص بسلبه واحتج بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال من قتل قتيلا فله سلبه وهذا منه عليه الصلاة والسلام نصب الشرع ولانه اذا قتله مقبلا مقاتلا فقد قتله بقوة نفسه فيختص بالسلب واذا قتله موليا منهزما فانما قتله بقوة الجماعة فكان السلب غنيمة مقسومة (ولنا) ان القياس يأبى جواز التنفيل والاختصاص بالمصاب من السلب وغيره لان سبب الاستحقاق ان كان هو الجهاد وجد من الكل وان كان هو الاستيلاء والاصابة والاخذ بذلك حصل بقوة الكل فيقتضى الاستحقاق للكل فتخصيص البعض بالتنفيل يخرج مخرج قطع الحق عن المستحق فينبغى أن لا يجوز الا انا استحسنا الجواز بالنص وهو قوله تبارك وتعالى يا أيها النبي حرض المؤمنين على القتال والتنفيل تحريض على القتال باطماع زيادة المال لان من له زيادة غناء وفضل شجاعة لا يرضى طبعه باظهار ذلك مع ما فيه من مخاطرة الروح وتعريض النفس للهلاك الا باطماع زيادة لا يشاركه فيه غيره فاذا لم يطمع لا يظهر فلا يستحق الزيادة والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) الحديث فلا حجة له فيه لانه يحتمل انه نصب ذلك القول شرعا ويحتمل أن يكون نصبه شرطا ويحتمل أنه نفل قوما باعيانهم فلا يكون حجة مع الاحتمال نظيره قوله عليه الصلاة والسلام من أحيا أرضا ميتة فهى له انه لم يجعله أبو حنيفة حجة لملك الارض المحياة بغير اذن الامام لمثل هذا الاحتمال والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) شرط جوازه فهو أن يكون قبل حصول الغنيمة فى يد الغانمين فاذا حصلت فى أيديهم فلا نفل لان جواز التنفيل للتحريض على القتال وذا لا يتحقق الا قبل أخذ الغنيمة فان قيل أليس أنه روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نفل بعد احراز الغنيمة فالجواب أنه يحتمل أنه عليه الصلاة والسلام انما نفل من الخمس أو من الصفى الذى كان له فى الغنائم ويحتمل أنه كان مما أفاء الله تعالى عليه فسماه الراوى غنيمة والله تعالى أعلم (وأما) حكم التنفيل فنوعان أحدهما اختصاص النفل بالمنفل حتى لا يشاركه فيه غيره وهل يثبت الملك فيه قبل الاحراز بدار الاسلام ففيه كلام نذكره فى موضعه ان شاء الله تعالى والثانى انه لا خمس فى النفل لان الخمس انما يجب فى غنيمة مشتركة بين الغانمين والنفل ما أخلصه الامام لصاحبه وقطع شركة الاغيار عنه فلا يجب فيه الخمس ويشارك المنفل له الغزاة فى أربعة أخماس ما أصابوا لان الاصابة أو الجهاد حصل بقوة الكل الا أن الامام خص البعض ببعضه وقطع حق الباقين عنه فبقى حق الكل متعلقا بما وراءه فيشاركهم فيه والله سبحانه وتعالى أعلم

(وأما) الفىء فهو اسم لما لم يوجف عليه المسلمون بخيل ولا ركاب نحو الاموال المبعوثة بالرسالة الى امام المسلمين والاموال المأخوذة على موادعة أهل الحرب ولا خمس فيه لانه ليس بغنيمة اذ هى للمأخوذ من الكفرة على سبيل القهر والغلبة ولم يوجد وقد كان الفىء لرسول الله صلى الله عليه وسلم خاصة يتصرف فيه كيف شاء يختصه لنفسه أو يفرقه فيمن شاء قال الله تعالى عز شأنه وما أفاء الله على رسوله منهم فما أوجفتم عليه من خيل ولا ركاب ولكن الله يسلط رسله على من يشاء والله على كل شىء قدير وروى عن سيدنا عمر رضى الله عنه انه قال كانت أموال بنى النضير مما أفاء الله عز وجل على رسوله صلى الله عليه وسلم وكانت خالصة له وكان ينفق منها على أهله نفقة سنة وما بقى جعله فى الكراع والسلاح ولهذا كانت فدك خالصة لرسول الله صلى الله عليه وسلم اذ كانت لم يوجف عليها الصحابة رضى الله عنهم من خيل ولا ركاب فانه روى أن أهل فدك لما بلغهم أهل خيبر انهم سألوا رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يجليهم ويحقن دماءهم ويخلوا بينه وبين أموالهم بعثوا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وصالحوه على النصف من فدك فصالحهم عليه الصلاة والسلام على ذلك ثم الفرق بين رسول الله صلى الله عليه وسلم وبين الائمة فى المال المبعوث اليهم من أهل الحرب انه يكون لعامة المسلمين وكان لرسول الله صلى الله عليه وسلم خاصة ان الامام انما أشرك قومه فى المال المبعوث اليه من أهل الحرب لان هيبة الائمة بسبب قومهم فكانت شركة بينهم (وأما) هيبة رسول الله صلى الله عليه وسلم فكانت بما نصر من الرعب لا باصحابه كما قال عليه الصلاة والسلام نصرت بالرعب مسيرة شهر بن لذلك كان له ان يختص لنفسه والله سبحانه وتعالى أعلم وعلى هذا اذا دخل حربى فى دار الاسلام بغير أمان فاخذه واحد من المسلمين يكون فيأ لجماعة المسلمين ولا يختص به الآخذ عند أبى حنيفة رحمه الله وعند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله يكون للآخذ خاصة (وجه) قولهما ان سبب الملك وجد من الآخذ خاصة فيختص بملكه كما اذا دخلت طائفة من أهل الحرب دار الاسلام فاستقبلتها سرية من أهل الاسلام فاخذتها انهم يختصون بملكها والدليل عن ان سبب الملك وجد من الآخذ خاصة ان السبب هو الاخذ والاستيلاء هو اثبات اليد وقد وجد ذلك حقيقة من الآخذ خاصة وأهل الدار ان كانت لهم يد لكنها يد حكمية ويد الحربى حقيقية لانه حر والحر فى يد نفسه واليد الحكمية لا تصلح مبطلة لليد الحقيقية لانها دونها ونقض الشىء بما هو مثله أو بما هو فوقه لا بما هو دونه فاما يد الآخذ فيد حقيقة وهى محقة ويد الحربى مبطلة فجاز ابطالها (وجه) قول أبى حنيفة رضى الله عنه انه وجد سبب ثبوت الملك لعامة المسلمين فى محل قابل للملك وهو المباح فيصير ملكا للكل كما اذا استولى جماعة على صيد وانما قلنا ذلك لانه كما دخل دار الاسلام فقد ثبت يد أهل الدار عليه لان الدار فى أيديهم فما فى الدار يكون فى أيديهم أيضا ولهذا قلنا انه لا يثبت الملك للغانمين فى الغنائم ما داموا فى دار الحرب كذا ههنا قوله يد أهل الدار يد حكمية ويد الحربى حقيقية فلا تبطلها قلنا ويد أهل الدار حقيقية أيضا لان المعنى من اليد فى هذه الابواب القدرة من حيث سلامة الاسباب والآلات ولاهل الدار آلات سليمة لو استعملوها فى التصرف عليه لحدثت لهم بمجرى العادة قدرة حقيقية على وجه لا يمكنهم مقاومتهم ومعارضتهم مع ما انه اذا ثبت يد الآخذ عليه حقيقة فقد ثبت يد أهل الدار لان يده يد أهل الدار لان أهل دار الاسلام كلهم منعة واحدة فانهم يذبون عن دين واحد فكانت يده يد الكل معنى كما اذا دخل الغزاة دار الحرب فاخذ واحد منهم شيأ من أموال الكفرة فان المأخوذ يكون غنيمة مقسومة بين الكل كذا هذا والله سبحانه وتعالى أعلم وأما السريتان اذا التقتا فى دار الاسلام فأخذ منها سرية الامام فانما اختصوا بملكها للحاجة والضرورة وهى ان بالامام حاجة الى بعث السرايا لحراسة الحوزة وحماية البيضة عن شر الكفرة اذ الكفرة يقصدون دار الاسلام والدخول فى حدودها بغتة فاذا علموا ببعث السرايا وتهيئهم للذب عن حريم الاسلام قطعوا الاطماع فبقيت البيضة محروسة فلو لم يختصوا بالمأخوذ لما انقادطبعهم لكفاية هذا الشغل فتمتد اطماع الكفرة الى دار الاسلام ولهذا اذا نفل الامام سرية فاصابوا شيأ يختصون به لوقوع الحاجة الى التنفيل لاختصاص بعض الغزاة بزيادة

شجاعة لانه لاينقاد طبعه لاظهارها الابالترغيب بزيادة من المصاب بالتنفيل كذا هذا وهل يجب فيه الخمس فعن أبى حنيفة رضى الله عنه روايتان والصحيح انه لا يجب لان الخمس انما يجب فى الغنائم والغنيمة اسم للمال المأخوذ عنوة وقهراً بايجاف الخيل والركاب ولم يوجد لحصوله فى أيديهم بغير قتال فكان مباحا ملك لا على سبيل القهر والغلبة فلا يجب فيه الخمس كسائر المباحات وكذا روى عن محمد روايتان والصحيح انه يجب فيه الخمس لان الملك عنده يثبت بأخذه وانما أخذه على سبيل القهر والغلبة فكان فى حكم الغنائم ولو دخل دار الاسلام فاسلم قبل ان يؤخذ ثم أخذه واحد من المسلمين يكون فيأ لجماعة المسلمين أيضاً عند أبى حنيفة وعندهما يكون حرا لا سبيل لاحد عليه وهذا فرع الاصل الذى ذكرنا ان عند أبى حنيفة رحمه الله كما دخل دار الاسلام فقد انعقد سبب الملك فيه لوقوعه فى يد أهل الدار فاعتراض الاسلام بعد انعقاد سبب الملك لا يمنع الملك وعندهما سبب الملك هو الاخذ حقيقة فكان حرا قبله حيث وجد الاسلام قبل وجود سبب الملك فيه فيمنع ثبوت الملك على مامر ولو رجع هذا الحربى الى دار الحرب خرج من ان يكون فيأ بالاجماع اما عند أبى حنيفة فلان حق أهل دار الاسلام لايتأكد الا بالاخذ حقيقة ولم يوجد واما عندهما فلانه لم يثبت الملك أصلا الا بحقيقة الاخذ ولم يوجد وصار هذا كما اذا انفلت واحد من الاسارى قبل الاحراز بدار الاسلام والتحق بمنعتهم انه يعود حرا كما كان كذا هذا ولو ادعى هذا الحربى بامان لم يقبل قوله عند أبى حنيفة وعندهما يقبل اما عنده فلان دخول دار الحرب سبب ثبوت الملك والامان عارض مانع من انعقاد السبب فلا تقبل دعوى العارض الا بحجة واما عندهما فلان الملك فيه يقف على حقيقة الاخذ فكان حرا قبله فكان دعوى الامان دعوى حكم الاصل فتقبل وكذلك لو قال الآخذ انى امنته لم يقبل قوله عند أبى حنيفة وعندهما يقبل اما عنده فلان هذا اقرار يتضمن ابطال حق الغير فلا يقبل وعندهما هذا اقرار على نفسه وانه غير متهم فى حق نفسه ولو دخل هذا الحربى الحرم قبل ان يؤخذ فهو فىء عند أبى حنيفة ودخول الحرم لا يبطل ذلك عنه لان ماذكرنا من المعنى لا يوجب الفصل بين الحرم وغيره والدليل عليه ان الاسلام لم يبطل الملك فالحرم أولى ولان الاسلام أعظم حرمة من الحرم وعندهما لا يكون فيأ الا بحقيقة الاخذ فيبقى على أصل الحرية ولا يتعرض له لكنه لا يطعم ولا يسقى ولا يؤوى ولا يبايع حتى يخرج من الحرم ولو أمنه رجل من المسلمين فى الحرم أو بعد ما خرج من الحرم قبل ان يؤخذ لم يصح عند أبى حنيفة وعندهما يصح و يرد الى مأمنه لان عنده صار فيأ لجماعة المسلمين بنفس دخول دار الاسلام وعندهما لا يصير فيأ الا بحقيقة الاخذ فاذا أمنه قبل الاخذ يصح ولا يصح بعده لانه مرقوق ولو أخذه رجل فى الحرم وأخرجه منه فقد أساء وكان فيأ لجماعة المسلمين عند أبى حنيفة وعندهما يكون لمن أخذه اما عنده فلان الملك قد ثبت بدخوله دار الاسلام فالاخذ فى الحرم لا يبطله واما عندهما فلان الملك وان كان يثبت بالاخذ وانه منهى لكن النهى لغيره وهو حرمة الحرم فلا يمنع كونه سبباً للملك فى ذاته كالبيع وقت النداء ونحو ذلك ولو أخذه فى الحرم ولم يخرجه فينبغى ان يخلى سبيله فى الحرم رعاية لحرمة الحرم مادام فيه والله سبحانه وتعالى أعلم وأما الغنيمة فالكلام فيها فى مواضع فى تفسير الغنيمة وفى بيان ما يملكه الامام من التصرف فى الغنائم وفى بيان مكان قسمة الغنائم وفى بيان ما يباح الانتفاع به من الغنائم وفى بيان كيفية قسمة الغنائم وفى بيان مصارفها اما الاول فالغنيمة عندنا اسم للمأخوذ من أهل الحرب على سبيل القهر والغلبة والاخذ على سبيل القهر والغلبة لا يتحقق الا بالمنعة اما بحقيقة المنعة أو بدلالة المنعة وهى اذن الامام وعند الشافعى رحمه الله هى اسم للمأخوذ من أهل الحرب كيف ما كان ولا يشترط له المنعة أصلا و بيان ذلك فى مسائل اذا دخل جماعة لهم منعة دار الحرب فاخذوا أموالا منهم فانها تقسم قسمة الغنائم بالاجماع سواء دخلوا باذن الامام أو بغير اذنه لوجود الاخذ على سبيل القهر والغلبة لوجود المنعة القائمة مقام المقاتلة حقيقة واقل المنعة أربعة فى ظاهر الرواية لقوله عليه الصلاة والسلام خير الاصحاب أربعة وروى عن أبى يوسف انها تسعة ولو دخل من لا منعة له باذن الامام كان المأخوذ غنيمة فى ظاهر الرواية عن أصحابنا لوجود المنعة دلالة على ما

نذكره ولودخل بغير اذن الامام لم يكن غنيمة عندنا لانعدام المنعة أصلا وعند الشافعي رحمه الله يكون غنيمة والصحيح قولنا لان الغنيمة والغنم والمغنم في اللغة اسم لمال أصيب من أموال أهل الحرب وأوجف عليه المسلمون بالخيل والركاب وكذا اشارة النص دليل عليه وهي قوله سبحانه وتعالى وما أفاء الله على رسوله منهم فما أوجفتم عليه من خيل ولا ركاب أشار سبحانه وتعالى الى انه مالم يوجف عليه المسلمون بالخيل والركاب لا يكون غنيمة واصابة مال أهل الحرب بايجاف الخيل والركاب لا يكون الا بالمنعة اما حقيقة أو دلالة لان من لا منعة له لا يمكنه الاخذ على طريق القهر والغلبة فلم يكن المأخوذ غنيمة بل كان مالا مباحا فيختص به الآخذ كالصيد الا ان أخذاه جميعاً فيكون المأخوذ بينهما كما لو أخذا صيداً اما عند وجود المنعة فيتحقق الاخذ على سبيل القهر والغلبة اما حقيقة المنعة فظاهرة وكذا دلالة المنعة وهي اذن الامام لانه لما أذن له الامام بالدخول فقد ضمن له المعونة بالمدد والنصرة عند الحاجة فكان دخوله باذن الامام امتناعاً بالجيش الكثيف معنى فكان المأخوذ مأخوذا على سبيل القهر والغلبة فكان غنيمة فهو الفرق ولو اجتمع فريقان أحدهما دخل باذن الامام والآخر بغير اذنه ولا منعة لهم فالحكم في كل فريق عند الاجتماع ماهو الحكم عند الانفراد انه ان تفرد كل فريق باخذ شيء فلكل فريق ما أخذ كما لو انفرد كل فريق بالدخول فاخذ شيأ فان اشترك الفريقان في الاخذ فالمأخوذ بينهم على عدد الآخذين ثم ما أصاب المأذون لهم يخمس ويكون أربعة أخماسه بينهم مشتركة فيه الآخذ وغير الآخذ لانه غنيمة وهذا سبيل الغنائم وما أصاب الذين لم يؤذن لهم لا خمس فيه فيكون بين الآخذين ولا يشاركهم الذين لم يأخذوا لانه مال مباح وهذا حكم المال المباح على ما بينا هذا اذا اجتمع فريقان ولا منعة لهم فاما اذا اجتمعوا وكان لهم باجتماعهم منعة فما أصاب واحد منهم أو جماعتهم يخمس وأربعة أخماسه بينهم لان المأخوذ غنيمة لوجود المنعة فكان وجود الاذن وعدمه بمنزلة واحدة ولو كان الذين دخلوا باذن الامام لهم منعة ثم لحقهم لص أو لصان لا منعة لهما بغير اذن الامام ثم لقوا قتالا وأصابوا مالا وأصابوا غنائم فما أصاب العسكر قبل ان يلحقهم اللص فان هذا اللص لا يشاركهم فيه وما أصابوه بعد ان لحق هذا اللص بهم فانه يشاركهم لان الاصابة قبل اللحاق حصلت بقتال العسكر حقيقة وكذلك الاحراز بدار الاسلام لان لهم غنية عن معونة اللص فكان دخوله في الاستيلاء على المصاب قبل اللحاق وعدمه بمنزلة واحدة ولا يشبه هذا الجيش اذا لحقهم المدد انه يشاركهم فيما أصابوا لان الجيش يستعين بالمدد لقوتهم فكان الاحراز حاصلا بالكل وكذلك الاصابة بعد اللحوق حصلت باستيلاء الكل لذلك شاركهم بخلاف اللص والله تعالى أعلم ولو أخذ واحد من الجيش شيأ من المتاع الذي له قيمة وليس في يد انسان منهم كالمعادن والكنوز والخشب والسمك فذلك غنيمة وفيه الخمس وذلك الواحد انما أخذه بمنعة الجماعة وقوتهم فكان مالا مأخوذا على سبيل القهر والغلبة فكان غنيمة وان لم يكن لذلك الشيء في دار الحرب وفي دار الاسلام قيمة فهو له خاصة لانه اذا لم يكن له قيمة لا يقع فيه تمانع وتدافع فلا يقع أخذه على سبيل القهر والغلبة فلم يكن غنيمة ولو أخذ شيأ له قيمة في دار الحرب نحو الخشب فعمله آنية أو غيرها رده الى الغنيمة لانه اذا كان له قيمة بذاته فالعمل فيه فضل له فان لم يكن ذلك الشيء متقوماً فهو له خاصة لما قلنا ولا خمس فيما يؤخذ على موادعة أهل الحرب لانه ليس بمأخوذ على سبيل القهر والغلبة فلم يكن غنيمة وكذا ما بعث رسالة الى امام المسلمين لا خمس فيه لما قلنا ولو حاصر المسلمون قلعة في دار الحرب فافتدوا أنفسهم بمال ففيه الخمس لانه غنيمة لكونه ماخوذا على سبيل القهر والغلبة والله سبحانه وتعالى أعلم وأما بيان ما يملكه الامام من التصرف في الغنائم فجملة الكلام فيه انه اذا ظهر الامام على بلاد أهل الحرب فالمستولى عليه لا يخلو من أحد أنواع ثلاثة المتاع والاراضي والرقاب اما المتاع فانه يخمس ويقسم الباقي بين الغانمين ولا خيار للامام فيه واما الاراضي فللامام فيها خياران ان شاء خمسها ويقسم الباقي بين الغانمين لما بينا وان شاء تركها في يد أهلها بالخراج وجعلهم ذمة ان كانوا بمحل الذمة بان كانوا من أهل الكتاب أو من مشركي العجم ووضع الجزية على رؤسهم والخراج على أراضيهم وهذا عندنا وعند

الشافعي

الشافعي رحمه الله ليس للامام ان يترك الاراضي في أيديهم بالخراج بل يقسمها (وجه) قوله ان الاراضي صارت ملكا للغزاة بالاستيلاء فكان الترك في أيديهم ابطالا لملك الغزاة فلا يملكه الامام كالمتاع (ولنا) اجماع الصحابة رضي الله عنهم فان سيدنا عمر رضي الله عنه لما فتح سواد العراق ترك الاراضي في أيديهم وضرب على رؤسهم الجزية وعلى أراضيهم الخراج بحضر من الصحابة الكرام رضي الله تعالى عنهم ولم ينقل انه أنكر عليه منكر فكان ذلك اجماعا منهم واما الرقاب فالامام فيها بين خيارات ثلاث ان شاء قتل الاسارى منهم وهم الرجال المقاتلة وسبى النساء والذراري لقوله تبارك وتعالى فاضربوا فوق الاعناق وهذا بعد الاخذ والاسر لان الضرب فوق الاعناق هو الابانة من المفصل ولا يقدر على ذلك حال القتال ويقدر عليه بعد الاخذ والاسر وروى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لما استشار الصحابة الكرام رضي الله تعالى عنهم في أسارى بدر فأشار بعضهم الى الفداء وأشار سيدنا عمر رضي الله عنه الى القتل فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لو جاءت من السماء نار ما نجى الا عمر أشار عليه الصلاة والسلام الى ان الصواب كان هو القتل وكذا روى انه عليه الصلاة والسلام أمر بقتل عقبة بن أبي معيط والنضر بن الحارث يوم بدر وبقتل هلال بن خطل ومقيس بن صبابة يوم فتح مكة ولان المصلحة قد تكون في القتل لما فيه من استئصالهم فكان للامام ذلك وان شاء استرق الكل فخمسهم وقسمهم لان الكل غنيمة حقيقة لحصولها في أيديهم عنوة وقهرا بايجاف الخيل والركاب فكان له ان يقسم الكل الا رجال مشركي العرب والمرتدين فانهم لا يسترقون عندنا بل يقتلون أو يسلمون وعند الشافعي رحمه الله يجوز استرقاقهم (وجه) قوله انه يجوز استرقاق مشركي العجم وأهل الكتاب من العجم والعرب فكذا استرقاق مشركي العرب والمرتدين وهذا لان للاسترقاق حكم الكفر وهم في الكفر سواء فكانوا في احتمال الاسترقاق سواء (ولنا) قوله سبحانه وتعالى فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم الى قوله سبحانه وتعالى فان تابوا وأقاموا الصلاة وآتوا الزكاة فخلوا سبيلهم ولان ترك القتل بالاسترقاق في حق أهل الكتاب ومشركي العجم للتوسل الى الاسلام ومعنى الوسيلة لا يتحقق في حق مشركي العرب والمرتدين على نحو ما بينا من قبل واما النساء والذراري منهم فيسترقون كما يسترق نساء مشركي العجم وذراريهم لان النبي عليه الصلاة والسلام استرق نساء هوازن وذراريهم وهم من صميم العرب وكذا الصحابة استرقوا نساء المرتدين من العرب وذراريهم وان شاء من عليهم وتركهم أحرارا بالذمة كما فعل سيدنا عمر رضي الله عنه بسواد العراق الا مشركي العرب والمرتدين فانه لا يجوز تركهم بالذمة وعقد الجزية كما لا يجوز بالاسترقاق لما بينا ولو شهدوا بشهادة قبل ان يجعلهم الامام ذمة لم تجز شهادتهم لانهم أهل الحرب فان جعلهم ذمة فاعادوا الشهادة جازت لان شهادة أهل الذمة مقبولة في الجملة فاما شهادة أهل الحرب فغير مقبولة أصلا وليس للامام ان يمن على الاسير فيتركه من غير ذمة لا يقتله ولا يقسمه لانه لو فعل ذلك لرجع الى المنعة فيصير حربا علينا فان قيل ان رسول الله صلى الله عليه وسلم من على الزبير بن باطا من بني قريظة وكذا من على أهل خيبر فالجواب انه ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم من على الزبير ولم يقتله اما لانه لم يثبت انه تركه بالجزية أم بدونها فاحتمل انه تركه بالجزية أو بعقد الذمة وأما أهل خيبر فقد كانوا أهل الكتاب فتركهم ومن عليهم ليصيروا أكرة للمسلمين ويجوز المن لذلك لان ذلك في معنى الجزية فيكون تركا بالجزية من حيث المعنى وهل للامام ان يفادي الاسارى اما المفاداة بالمال فلا تجوز عند أصحابنا في ظاهر الروايات وقال محمد مفاداة الشيخ الكبير الذي لا يرجى له ولد تجوز وعند الشافعي رحمه الله تجوز المفادات بالمال كيف ما كان واحتج بظاهر قوله عز وجل فاما منا بعد واما فداء وقد فادى رسول الله صلى الله عليه وسلم أسارى بدر بالمال وأدنى درجات فعله عليه الصلاة والسلام الجواز والاباحة (ولنا) ان قتل الاسرى مأمور به لقوله تعالى فاضربوا فوق الاعناق وانه منصرف الى ما بعد الاخذ والاسترقاق لما قلنا وقوله سبحانه وتعالى اقتلوا المشركين حيث وجدتموهم والامر بالقتل للتوسل الى الاسلام فلا يجوز تركه الا لما شرع له القتل وهو ان يكون وسيلة الى الاسلام ولا يحصل معنى التوسل بالمفاداة فلا يجوز

ترك المفروض لاجله و يحصل بالذمة والاسترقاق لما بينا فكان اقامة للفرض معنى لا تركا له ولان المفاداة بالمال اعانة لاهل الحرب على الحراب لانهم يرجعون الى المنعة فيصيرون حرباً علينا وهذا لا يجوز ومحمد رحمه الله يقول معنى الاعانة لا يحصل من الشيخ الكبير الذى لا يرجى منه ولد فجاز فداؤه بالمال ولكنا نقول ان كان لا يحصل بهذا الطريق يحصل بطريق آخر وهو الرأى والمشورة وتكثير السواد وأما قوله تعالى فاما منا بعد واما فداء فقد قال بعض أهل التفسير ان الآية منسوخة بقوله تبارك وتعالى اقتلوا المشركين حيث وجدتموهم وقوله تبارك وتعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر الآية لان سورة براءة نزلت بعد سورة محمد عليه الصلاة والسلام ويحتمل ان تكون الآية فى أهل الكتاب فيمن عليهم بعد أسرهم على ان يصيروا أكرة للمسلمين كما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم باهل خيبر أو ذمة كما فعل سيدنا عمر رضى الله عنه باهل السواد و يسترقون (وأما) أسارى بدر فقد قيل أن رسول الله صلى الله عليه وسلم انما فعل ذلك باجتهاده ولم ينتظر الوحى فعوتب عليه بقوله سبحانه وتعالى لولا كتاب من الله سبق لمسكم فيما أخذتم فيه عذاب عظيم حتى قال عليه الصلاة والسلام لو أنزل الله من السماء نارا ما نجى الا عمر رضى الله عنه يدل عليه قوله تعالى ما كان لنبى أن تكون له أسرى حتى يثخن فى الارض على أحد وجهى التأويل أى ما كان لنبى أن يأخذ الفداء فى الاسارى حتى يثخن فى الارض أى حتى يغلب فى الارض منعة عن أخذ الفداء بها وأشار الى أن ذلك ليغلب فى الارض اذ لو أطلقهم لرجعوا الى المنعة وصار واحربا على المسلمين فلا تتحقق الغلبة و يحتمل أن المفاداة كانت جائزة ثم انتسخت بقوله تبارك وتعالى فاضربوا فوق الاعناق وقوله تعالى اقتلوا المشركين حيث وجدتموهم وانما عوتب عليه الصلاة والسلام بقوله تعالى لولا كتاب من الله سبق لا لخطر المفاداة بل لانه عليه الصلاة والسلام لم ينتظر بلوغ الوحى و عمل باجتهاده أى لولا من حكم الله تعالى أن لا يعذب أحدا على العمل بالاجتهاد لمسكم العذاب بالعمل بالاجتهاد و ترككم انتظار الوحى والله تعالى أعلم وكذا لا تجوز مفاداة الكراع والسلاح بالمال لان كل ذلك يرجع الى اعانتهم على الحرب وتجوز مفاداة أسارى المسلمين بالدراهم والدنانير والثياب ونحوها مما ليس فيها اعانة لهم على الحرب ولا يفادون بالسلاح لان فيه اعانة لهم على الحرب والله تعالى أعلم (وأما) مفاداة الاسير بالاسير فلا تجوز عند أبى حنيفة عليه الرحمة وعند أبى يوسف ومحمد تجوز (وجه) قولهما أن فى المفاداة انقاذ المسلم وذلك أولى من اهلاك الكافر ولابى حنيفة ما ذكرنا أن قتل المشركين فرض بقوله تعالى اقتلوا المشركين وقوله تعالى فاضربوا فوق الاعناق فلا يجوز تركه الا لما شرع له اقامة الفرض وهو التوسل الى الاسلام لانه لا يكون تركا معنى وذا لا يحصل بالمفاداة و يحصل بالذمة والاسترقاق فيمن يحتمل ذلك على ما بينا ولما ذكرنا أن فيها اعانة لاهل الحرب على الحرب لانهم يرجعون الى المنعة فيصيرون حربا على المسلمين ثم اختلف أبو يوسف ومحمد فيما بينهما قال أبو يوسف تجوز المفاداة قبل القسمة ولا تجوز بعدها وقال محمد تجوز فى الحالين (وجه) قول محمد أنه لما جازت المفاداة قبل القسمة فكذا بعد القسمة لان الملك ان لم يثبت قبل القسمة فالحق ثابت ثم قيام الحق لم يمنع جواز المفاداة فكذا قيام الملك (وجه) قول أبى يوسف أن المفاداة بعد القسمة ابطال ملك المقسوم له من غير رضاه وهذا لا يجوز فى الاصل بخلاف ما قبل القسمة لانه لا ملك قبل القسمة انما الثابت حق غير متقرر فجاز أن يكون محتملا للابطال بالمفاداة والله تعالى أعلم ولا يجوز أن يعطى رجل واحد من الاسارى و يؤخذ بدله رجلين من المشركين لان كم من واحد يغلب اثنين وأكثر من ذلك فيؤدى الى الاعانة على الحرب وهذا لا يجوز واذا عزم المسلمون على قتل الاسارى فلا ينبغى أن يعذبوهم بالجوع والعطش وغير ذلك من أنواع التعذيب لان ذلك تعذيب من غير فائدة وقد روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال فى بنى قريظة لا تجمعوا عليهم حر هذا اليوم وحر السلاح ولا تمثلوا بهم لقوله عليه الصلاة والسلام فى وصايا الامراء ولا تمثلوا ولا ينبغى للرجل أن يقتل أسير صاحبه لانه له ضرب اختصاص به حيث أخذه وأسره فلم يكن لغيره أن يتصرف فيه كما لو التقط شيأ والافضل

ان

أن يأتى به الامام ان قدر عليه حتى يكون الامام هو الحكم فيه لتعلق حق الغزاة به فكان الحكم فيه للامام وانما يقتل من الاسارى من بلغ اما بالسن أو بالاحتلام على قدر ما اختلف فيه فاما من لم يبلغ أوشك فى بلوغه فلا يقتل وكذا المعتوه الذى لا يعقل لما بينا من قبل فلو قتل رجل من المسلمين أسيرا فى دار الحرب أو فى دار الاسلام فان كان قبل القسمة فلا شئ فيه من دية ولا كفارة ولا قيمة لان دمه غير معصوم قبل القسمة فان للامام فيه خيرة القتل وان كان بعد القسمة أو بعد البيع فيراعى فيه حكم القتل لان الامام اذا قسمهم أو باعهم فقد صار دمهم معصوما فكان مضمونا بالقتل الا أنه لا يجب القصاص لقيام شبهة الاباحة كالحربى المستأمن ثم ما ذكرنا من خيار القتل للامام فى الاسارى قبل القسمة اذا لم يسلموا فان أسلموا قبل القسمة فلا يباح قتلهم لان الاسلام عاصم وللامام خيار ان فيهم ان شاء استرقهم فقسمهم وان شاء تركهم أحرارا بالذمة ان كانوا بمحل الذمة والاسترقاق لان الاسلام لا يرفع الرق اما لا يرفعه لان الرفع فيه ابطال حق الغزاة وهذا لا يجوز (وأما) بيان قسمة الغنائم فنقول وبالله التوفيق القسمة نوعان قسمة حمل ونقل وقسمة ملك (أما) قسمة الحمل فهى ان عزت الدواب ولم يجد الامام حمولة يفرق الغنائم على الغزاة فيحمل كل رجل على قدر نصيبه الى دار الاسلام ثم يستردها منهم فيقسمها قسمة ملك وهذه القسمة جائزة بلا خلاف ولا تكون قسمة ملك كالمودعين يقتسمان الوديعة ليحفظ كل واحد منهما بعضها جاز ذلك وتكون قسمة ملك فكذا هذا (وأما) قسمة الملك فلا تجوز فى دار الحرب عند أصحابنا وعند الشافعى رحمه الله تجوز وهذا الاختلاف مبنى على أصل وهو أن الملك هل يثبت فى الغنائم فى دار الحرب للغزاة فعندنا لا يثبت الملك أصلا فيها لا من كل وجه ولا من وجه ولكن ينعقد سبب الملك فيها على أن تصير علة عند الاحراز بدار الاسلام وهو تفسير حق الملك أو حق التملك عندنا وعنده يثبت الملك قبل الاحراز بدار الاسلام بعد الفراغ من القتال قولا واحدا وله فى حال فور الهزيمة قولان ويبنى على هذا الاصل مسائل (منها) أنه اذا مات واحد من الغانمين فى دار الحرب لا يورث نصيبه عندنا وعنده يورث والله تعالى أعلم (ومنها) أن المدد اذا لحق الجيش فاحرزوا الغنائم جملة الى دار الاسلام يشاركونهم فيها عندنا وعنده لا يشاركونهم (ومنها) أنه اذا أتلف واحد من الغانمين شيأ من الغنيمة لا يضمن عندنا وعنده يضمن (ومنها) أن الامام اذا باع شيأ من الغنائم لا لحاجة الغزاة لا يجوز عندنا وعنده يجوز (ومنها) أن الامام اذا قسم الغنائم فى دار الحرب مجازفا غير مجتهد ولا معتقد جواز القسمة لا تجوز عندنا وعنده تجوز (فاما) اذا رأى الامام القسمة فقسمها نفذت قسمته بالاجماع وكذلك لو رأى البيع فباعها لانه حكم امضاه فى محل الاجتهاد بالاجتهاد فينفذ (وجه) قول الشافعى رحمه الله ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قسم غنائم خيبر بخيبر وقسم غنائم أوطاس باوطاس وقسم غنائم بنى المصطلق فى ديارهم وقسم غنائم بدر بالجعرانة وهى وادى من أودية بدر وأدنى ما يحمل عليه فعل النبى عليه الصلاة والسلام هو الجواز والاباحة ولانه وجد الاستيلاء على مال مباح فيفيد الملك استدلالا بالاستيلاء على الحطب والحشيش ولا شك أن المستولى عليه مال مباح لانه مال الكافر وانه مباح والدليل على تحقق الاستيلاء ان الاستيلاء عبارة عن اثبات اليد على المحل وقد وجد ذلك حقيقة وانكار الحقائق مكابرة ورجعة الكفار بعد انهزامهم واستردادهم أمر موهوم لا دليل عليه فلا يعتبر (ولنا) أن الاستيلاء انما يفيد الملك اذا ورد على مال مباح غير مملوك ولم يوجد ههنا لان ملك الكفرة قائم لان ملك الكفرة كان ثابتا لهم والملك متى ثبت لانسان لا يزول الا بازالته أو يخرج المحل من أن يكون منتفعا به حقيقة بالهلاك أو بعجز المالك عن الانتفاع به دفعا للتناقض فيما شرع الملك له ولم يوجد شئ من ذلك (أما) الازالة وهلاك المحل فظاهر العدم (واما) قدرة الكفرة على الانتفاع باموالهم فلان الغزاة ما داموا فى دار الحرب فالاسترداد ليس بنادر بل هو ظاهر أو محتمل احتمالا على السواء والملك كان ثابتا لهم فلا يزول مع الاحتمال وأما الاحاديث فما غنائم خيبر وأوطاس والمصطلق فانما قسمها رسول الله صلى الله عليه وسلم فى تلك الديار لانه افتتحها فصارت ديار الاسلام (وأما) غنائم بدر فقد روى أنه عليه الصلاة والسلام قسمها بالمدينة فلا يصح الاحتجاج

به مع التعارض ثم الملك ان لم يثبت للغزاة فى الغنائم فى دار الحرب فقد ثبت الحق لهم حتى يجوز لهم الانتفاع بها من غير حاجة على ما ذكره ولولا تعلق الحق لجاز لانه يكون مالا مباحا وكذا الوطء واحد من الغزاة جارية من المغنم لا يجب عليه الحد لان له فيها حقا فاورث شبهة فى درء الحد ولا يجب عليه العقر أيضاً لانه بالوطء أتلف جزأ من منافع بضعها ولو أتلفها لا يضمن فههنا أولى ولا يثبت النسب أيضاً لو ادعى الولد لان ثبات النسب معتمد الملك أو الحق الخاص ولا ملك ههنا والحق عام وكذا لو أسلم الاسير فى دار الحرب لا يكون حرا ويدخل فى القسمة لتعلق حق الغانمين به بنفس الاخذ والاستيلاء فاعتراض الاسلام عليه لا يبطله بخلاف ما اذا أسلم قبل الاسر أنه يكون حرا ولا يدخل فى القسمة لان عند الاخذ والاسر لم يتعلق به حق أحد فكان الاسلام دافعا الحق لا رافعا اياه على ما بينا (وأما) بعد الاحراز بدار الاسلام قبل القسمة فيثبت الملك أو يتأكد الحق ويتقرر لان الاستيلاء الثابت انعقد سببا لثبوت الملك أو تأكد الحق على ان يصير علة عند وجود شرطها وهو الاحراز بدار الاسلام وقد وجد فتجوز القسمة ويجرى فيه الارث ويضمن المتلف وتنقطع شركة المدد ونحو ذلك الا انه لو أعتق واحد من الغانمين عبداً من المغنم لا ينفذ اعتاقه استحسانا لان نفاذ الاعتاق يقف على الملك الخاص ولا يتحقق ذلك الا بالقسمة فاما الموجود قبل القسمة فملك عام أو حق متأكد وانه لا يحتمل الاعتاق لكنه يحتمل الارث والقسمة ويكفى لايجاب الضمان وانقطاع شركة المدد على ما بينا وكذلك لو استولد جارية من المغنم وادعى الولد لا تصير أم ولد استحسانا لما بينا ان إثبات النسب وأمومية الولد يقفان على ملك خاص وذلك بالقسمة أو حق خاص ولم يوجد ويلزمه العقر لان الملك العام أو الحق الخاص يكون مضموناً بالاتلاف (وأما بعد) القسمة فيثبت الملك الخاص لكل واحد منهم فى نصيبه لان القسمة افراز الانصباء وتعيينها ولو قسم الامام الغنائم فوقع عبد فى سهم رجل فاعتقه لا شك انه ينفذ إعتاقه لان الاعتاق صادف ملكا خاصاً فاما اذا وقع فى سهم جماعة منهم عبد فأعتقه أحدهم ينفذ اعتاقه عند أبى حنيفة قل الشركاء أو كثروا (وروى) عن أبى يوسف ان كانوا عشرة أو أقل منها ينفذ اعتاقه وان كانوا أكثر من ذلك لا ينفذ فابو حنيفة رحمه الله نظر فى خصوص الملك الى القسمة وأبو يوسف الى العدد والصحيح نظر أبى حنيفة لان القسمة تميز وتعيين فكانت قاطعة لعموم الشركة مخصصة للملك وان كثر العدد والله سبحانه وتعالى أعلم ولو أخذ المسلمون غنيمة ثم غلبهم العدو فاستنقذوها من أيديهم ثم جاء عسكر آخر فاخذها من العدو فاخرجوها الى دار الاسلام ثم اختصم الفريقان نظر فى ذلك فان كان الاولون لم يقتسموها ولم يحرزوها بدار الاسلام فالغنيمة للآخرين لان الاولين لم يثبت لهم الا مجرد حق غير متقرر وقد ثبت للآخرين ملك عام أو حق متقرر يجرى مجرى الملك فكانوا أولى بالغنائم وان كان الاولون قد اقتسموها فالقسمة لهم وان كانوا لم يحرزوها بدار الاسلام لانهم ملكوها بالقسمة ملكا خاصاً فاذا غلبهم الكفار فقد استولوا على أملاكهم فان وجدوها فى يد الآخرين قبل القسمة أخذوها بغير شىء وان وجدوها بعد القسمة أخذوها بالقيمة ان شاؤا كما فى سائر أموالهم التى استولى عليها العدو ثم وجدوها فى يد الغانمين قبل القسمة وبعدها وان كانوا لم يقتسموها ولكنهم أحرزوها بدار الاسلام فان وجدوها بعد قسمة الآخرين فالآخرون أولى لان الثابت لهم ملك خاص بالقسمة والثابت للاولين ملك عام أو حق متقرر عام فكان اعتبار الملك الخاص أولى (وأما) اذا وجدها قبل قسمة الآخرين ففيه روايتان ذكر فى الزيادات أن الاولين أولى وذكر فى السير الكبير ان الآخرين أولى (وجه) رواية الزيادات ان الثابت لكل واحد من الفريقين وان كان هو الحق المتأكد لكن نقض الحق بالحق جائز لان الشىء يحتمل الانتقاض بمثله كما فى النسخ ولهذا جاز نقض الملك بالملك (وجه) الرواية الاخرى ان حق الآخرين ثابت متقرر وحق الاولين زائل ذاهب فاستصحاب الحالة الثابتة أولى اذ هو يصلح للترجيح وهذا هو القياس فى الملك فكان ينبغى ان لا ينتقض الحادث بالقديم الا ان النقض هناك ثبت نصاً (بخلاف) القياس فيقتصر على مورد النص هذا اذا كان الكفار أحرزوا الاموال بدار الحرب فان كانوا لم يحرزوها حتى أخذها الفريق الآخر من المسلمين منهم

فى

فى دار الاسلام فالغنائم للاولين سواء قسمها الآخرون أو لم يقسموها لان الكفار لا يملكون أموال المسلمين بالاستيلاء الا بعد الاحراز بدار الحرب ولم يوجد فكانت الغنائم فى حكم يد الاولين مادامت فى دار الاسلام فكان الآخرون أخذوه من أيدى الاولين فيلزمهم الرد عليهم الا اذا كان الامام قسمها بين الآخرين ورأيه ان الكفرة قد ملكوها بنفس الاخذ والاستيلاء وان كانوا فى دار الاسلام كما هو مذهب بعض الناس فكانت قسمة فى محل الاجتهاد فتنفذ وتكون للآخرين والله تعالى أعلم هذا الذى ذكرنا من كون الاحراز بدار الاسلام شرطاً لثبوت الملك فى الغنائم المشتركة (وأما) الغنائم الخالصة وهى الانفال فهل هو شرط فيها (قال) بعض المشايخ انه شرط عند أبى حنيفة حتى لا يثبت الملك بينهما فيها قبل الاحراز بدار الاسلام (وعند) محمد ليس بشرط فيثبت الملك فيها بنفس الاخذ والاصابة استدلالا بمسئلة ظهر فيها اختلاف وهى ان الامام اذا نفل فقال من أصاب جارية فهى له فاصاب رجل من المسلمين جارية فاستبرأها فى دار الحرب بحيضة لا يحل له وطؤها (عند) أبى حنيفة وعند محمد يحل (وقال) بعضهم الاحراز بالدار ليس بشرط لثبوت الملك فى الانفال بالاجماع واختلافهما فى تلك المسئلة لا يدل على الاختلاف فى ثبوت الملك لانه كما ظهر الاختلاف بينهما فى النفل فقد ظهر الاختلاف فى الغنيمة المقسومة فان الامام اذا قسم الغنائم فى دار الحرب فاصاب رجلا جارية فاستبرأها بحيضة فهو على الاختلاف وكذا لو رأى الامام بيع الغنائم فباع من رجل جارية فاستبرأها المشترى بحيضة فهو على الاختلاف (ولا خلاف) بين أصحابنا فى الغنائم المقسومة انه لا يثبت الملك فيها قبل الاحراز بدار الاسلام دل ان منشأ الخلاف هناك شىء آخر وراء ثبوت الملك وعدمه والصحيح ان ثبوت الملك فى النفل لا يقف على الاحراز بدار الاسلام بين أصحابنا بخلاف الغنائم المقسومة لان سبب الملك قد تحقق وهو الاخذ والاستيلاء ولا يجوز تأخير الحكم عن سببه إلا لضرورة وفى الغنائم المقسومة ضرورة وهى خوف شر الكفرة لانه لو ثبت الملك بنفس الاخذ لاشتغلوا بالقسمة ولتسارع كل أحد الى إحراز نصيبه بدار الاسلام وتفرق الجمع وفيه خوف توجه الشر عليهم من الكفرة فتأخر الملك فيها الى ما بعد الاحراز بدار الاسلام لهذه الضرورة وهذه الضرورة منعدمة فى الانفال لانها خالصة غير مقسومة فلا معنى لتأخير الحكم عن السبب والدليل على التفرقة بينهما ان المدد اذا لحق الجيش لا يشارك المنفل له كما بعد الاحراز بالدار بخلاف الغنيمة المقسومة وكذا لو مات المنفل له يورث نصيبه كما لو مات بعد الاحراز بالدار بخلاف الغنيمة المقسومة فيثبت بهذه الدلائل ان الملك فى النفل لا يقف على الاحراز بالدار بلا خلاف بين أصحابنا إلا ان هذا النوع من الملك لا يظهر فى حق حل الوطء عند أبى حنيفة رحمه الله وهذا لا يدل على عدم الملك أصلا ألا ترى ان حل الوطء قد يمتنع مع قيام الملك لعوارض من الحيض والنفاس والمحرمية والصهرية ونحو ذلك ثم إنما لم يثبت الحل هناك مع ثبوت الملك لانه ملك متزلزل غير متقرر لاحتمال الزوال ساعة فساعة لان الدار دارهم فكان احتمال الاسترداد قائما ومتى استردوا يرتفع السبب من حين وجوده ويلتحق بالعدم امامن كل وجه أومن وجه فتبين ان الوطء لم يصادف محله وهو الملك المطلق ولهذا والله تعالى أعلم قال أبو حنيفة رضى الله تعالى عنه انه لا يحل وطؤها بعد قسمة الامام وبيعه اذا رأى ذلك وان وقعت قسمته جائزة وبيعه نافذاً مفيداً للملك فى هذه الصورة كما ذكرنا من المعنى والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما بيان) ما يجوز به الانتفاع من الغنائم ومالا يجوز فالكلام فيه فى موضعين (أحدهما) فى بيان ما ينتفع به منها (والثانى) فى بيان من ينتفع به (أما الاول) فلا بأس بالانتفاع بالمأكول والمشروب والعلف والحطب منها قبل الاحراز بدار الاسلام فقيراً كان المنتفع أوغنيا لعموم الحاجة الى الانتفاع بذلك فى حق الكل فانهم لو كلفوا احملها من دار الاسلام الى دار الحرب مدة ذهابهم وايابهم ومقامهم فيها لوقعوا فى حرج عظيم بل يتعذر عليهم ذلك فسقط اعتبار حق كل واحد من الغانمين فى حق صاحبه والتحق بالعدم شرعا والتحقت هذه الحال بالمباحات الاصلية لهذه الضرورة وكذلك كل ما كان مأكولا مثل السمن والزيت والخل لا

بأس أن يتناول الرجل و يدهن به نفسه ودابته لان الحاجة الى الانتفاع بهذه الاشياء قبل الاحراز بدار الاسلام لازمة وما كان من الادهان لايؤكل مثل البنفسج والخيرى فلا ينبغى أن ينتفع به لان الانتفاع به ليس من الحاجات اللازمة بل من الحاجات الزائدة ولا ينبغى أن يبيعوا شيأ من الطعام والعلف وغير ذلك مما يباح الانتفاع به بذهب ولا فضة ولا عروض لان اطلاق الانتفاع واسقاط اعتبار الحقوق والحاقها بالعدم للضرورة التى ذكرنا ولا ضرورة فى البيع ولان محل البيع هو المال المملوك وهذا ليس بمال مملوك لان الاحراز بالدار شرط ثبوت الملك ولم يوجد فان باع رجل شيأ رد الثمن الى الغنيمة لان الثمن بدل مال تعلق به حق الغانمين فكان مردودا الى المغنم ولو أحرزوا شيأ من ذلك بدار الاسلام وهو فى أيديهم وان كانت لم تقسم الغنائم ردوها الى المغنم لاندفاع الضرورة وان كانت قد قسمت الغنيمة فان كانوا أغنياء تصدقوا به على الفقراء وان كانوا فقراء انتفعوا به لتعذر قسمته على الغزاة لكثرتهم وقلته فاشبه اللقطة والله سبحانه وأعلم هذا اذا كانت قائمة بعد القسمة فان كان انتفع بها بعد القسمة فان كان غنيا تصدق بقيمته على الفقراء لانه أكل مالا لو كان قائما لكان سبيله التصدق لكونه مالا يتعلق به حق الغانمين وتعذر صرفه اليهم لقلته وكثرتهم فيقوم بدله مقامه وهو قيمته وان كان فقيرا لم يجب عليه شئ لانه أكل مالا لو كان قائما لكان له أن يأكله والله سبحانه وتعالى أعلم وأما ماسوى المأكول والمشروب والعلف والحطب فلا ينبغى أن ينتفعوا به لان حق الغانمين متعلق به وفى الانتفاع ابطال حقهم الا أنه اذا احتاج الى استعمال شئ من السلاح أو الدواب أو الثياب فلا بأس باستعماله بأن انقطع سيفه فلا بأس بأن يأخذ سيفا من الغنيمة فيقاتل به لكنه اذا استغنى عنه رده الى المغنم وكذا اذا احتاج الى ركوب فرس أو لبس ثوب اذا دفع حاجته بذلك رده الى المغنم لان هذا موضع الضرورة أيضا لكن الثابت بالضرورة لايتعدى محل الضرورة حتى انه لو أراد أن يستعمل شيأ من ذلك وقاية لسلاحه ودوابه وثيابه وصيانة لها فلا ينبغى له ذلك لانعدام تحقق الضرورة وهكذا اذا ذبحوا البقر أو الغنم وأكلوا اللحم وردوا الجلود الى المغنم لان الانتفاع به ليس من الحاجات اللازمة والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) بيان من ينتفع بالغنائم فنقول أنه لاينتفع بها الا الغانمون فلا يجوز للتجار أن يأكلوا شيأ من الغنيمة الا بثمن لان سقوط اعتبار حق كل واحد من الغانمين فى حق صاحبه لمكان الضرورة ولا يجوز اسقاط اعتبار الحقيقة من غير ضرورة ولا ضرورة فى حق غيرهم وللغانمين أن يأكلوا و يطعموا عبيدهم ونساءهم وصبيانهم لان انفاق الرجل على هؤلاء انفاق على نفسه لان نفقتهم عليه والاصل أن كل من عليه نفقته فله أن يطعمه ومن لا فلا ولا يجوز لاجير الرجل للخدمة أن يأكل منه لان نفقته على نفسه لا عليه وللمرأة اذا دخلت دار الحرب لمداواة المرضى والجرحى أن تأكل وتعلف دابتها وتطعم رقيقها لان المرأة تستحق الرضخ من الغنيمة فكانت من الغانمين والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) بيان كيفية قسمة الغنائم و بيان مصارفها فنقول و بالله التوفيق الغنائم تقسم على خمسة أسهم منها وهو خمس الغنيمة لاربابه وأربعة أخماسها للغانمين أما الخمس فالكلام فيه فى بيان كيفية قسمة الخمس وفى بيان مصرفه فنقول لاخلاف فى أن خمس الغنيمة فى حال حياة النبى عليه الصلاة والسلام كان يقسم على خمسة أسهم سهم للنبى عليه الصلاة والسلام وسهم لذوى القربى وسهم لليتامى وسهم للمساكين وسهم لابناء السبيل قال الله تبارك وتعالى واعلموا أنما غنمتم من شئ فان لله خمسه وللرسول ولذى القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل واضافة الخمس الى الله تعالى يحتمل أن يكون لكونه مصروفا الى وجوه القرب التى هى لله تبارك وتعالى وهى قوله سبحانه وتعالى وللرسول ولذى القربى الآية على ما تضاف المساجد والكعبة الى الله سبحانه وتعالى لكونها مواضع اقامة العبادات والقرب التى هى لله تعالى و يحتمل أن يكون تعظيما للخمس على ما [illegible] والاصل فى اضافة جزئية الاشياء الى الله سبحانه وتعالى انها تخرج مخرج تعظيم المضاف كقوله ناقة الله و بيت الله و يحتمل أن يكون لخلوصه لله تعالى بخروجه عن تصرف الغانمين كقوله تعالى الملك يومئذ لله والملك فى كل الايام كلها لله تعالى لكن خص سبحانه وتعالى ذلك اليوم بالملك له

فيه لانقطاع تصرف الاغيار والله تعالى أعلم ثم اختلف العلماء فى سهم رسول الله صلى الله عليه وسلم وفى سهم ذوى القربى بعد وفاته أما سهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فقد قال علماؤنا رحمهم الله انه سقط بعد وفاته عليه الصلاة والسلام وقال الشافعى رحمه الله انه لم يسقط ويصرف الى الخلفاء لانه عليه الصلاة والسلام انما كان يأخذه كفاية له لاشتغاله بمصالح المسلمين والخلفاء بعده مشغولون بذلك فيصرف سهمه اليهم كفاية لهم (ولنا) أن ذلك الخمس كان خصوصية له عليه الصلاة والسلام كالصفى الذى كان له خاصة والفىء وهو المالية الذى لم يوجف عليه المسلمون بخيل ولا ركاب ثم لم يكن لاحد خصوص من الفىء والصفى فكذا يجب أن لا يكون لاحد خصوص من الخمس ولهذا لم يكن للخلفاء الراشدين بعده بحققه أنه لو بقى بعده لكان بطريق الارث وقد قال عليه الصلاة والسلام انا معاشر الانبياء لا نورث ما تركنا صدقة (وأما) سهم ذوى القربى فقد قال الشافعى رحمه الله انه باق ويصرف الى أولاد بنى هاشم من أولاد سيدتنا فاطمة رضى الله تعالى عنها وغيرها يستوى فيه فقيرهم وغنيهم (وأما) عندنا فعلى الوجه الذى كان بقى واختلف المشايخ فيه أنه كيف كان والصحيح أنه كان لفقراء القرابة دون أغنيائهم يعطون لفقرهم وحاجتهم لا لقرابتهم وقد بقى كذلك بعد وفاته فيجوز أن يعطى فقراء قرابته عليه الصلاة والسلام كفايتهم دون أغنيائهم ويقدمون على غيرهم من الفقراء ويجاوزلهم من الخمس أيضا لما لاحظ لهم من الصدقات لكن يجوز أن يعطى غيرهم من فقراء المسلمين دونهم فيقسم الخمس عندنا على ثلاثة أسهم سهم لليتامى وسهم للمساكين وسهم لابناء السبيل ويدخل فقراء ذوى القربى فيهم ويقدمون ولا يدفع الى أغنيائهم شىء وعند الشافعى رحمه الله لذوى القربى سهم على حدة يصرف الى غنيهم وفقيرهم احتج الشافعى رحمه الله بقوله تعالى واعلموا انما غنمتم من شىء فان لله خمسه وللرسول ولذى القربى الآية فان الله تعالى جعل سهما لذوى القربى وهم القرابة من غير فصل بين الفقير والغنى وكذا روى أنه عليه الصلاة والسلام قسم الخمس على خمسة أسهم وأعطى سهما منها لذوى القربى ولم يعرف له ناسخ فى حال حياته ولا نسخ بعد وفاته (ولنا) ما رواه محمد بن الحسن فى كتاب السير ان سيدنا أبا بكر وسيدنا عمر وسيدنا عثمان وسيدنا عليا رضى الله عنهم قسموا الغنائم على ثلاثة أسهم سهم لليتامى وسهم للمساكين وسهم لابناء السبيل بمحضر من الصحابة الكرام ولم ينكر عليهم أحد فيكون اجماعا منهم على ذلك وبه تبين أن ليس المراد من ذوى القربى قرابة الرسول عليه الصلاة والسلام اذ لا يظن بهم مخالفة كتاب الله تعالى ومخالفة رسوله عليه الصلاة والسلام فى فعله ومنع الحق عن المستحق وكذا لا يظن بمن حضرهم من الصحابة رضى الله تعالى عنهم السكوت عما لا يحل مع ما وصفهم الله تعالى بالامر بالمعروف والنهى عن المنكر وكذا ظاهر الآية الشريفة يدل عليه لان اسم ذوى القربى يتناول عموم القرابات ألا ترى الى قوله تعالى للرجال نصيب مما ترك الوالدان والاقربون ولم يفهم منه قرابة الرسول صلى الله عليه وسلم خاصة وكذا قوله الوصية للوالدين والاقربين لم ينصرف الى قرابة رسول الله صلى الله عليه وسلم وما روى أنه قسم عليه الصلاة والسلام الخمس على خمسة أسهم فأعطى عليه الصلاة والسلام ذا القربى سهما فنعم لكن الكلام فى أنه أعطاهم خاصة وكذا قوله الوصية للوالدين والاقربين ولم ينصرف الى قرابة الرسول صلى الله عليه وسلم لفقرهم وحاجتهم أو لقرابتهم وقد علمنا بقسمة الخلفاء الراشدين رضى الله تعالى عنهم أنه أعطاهم لحاجتهم وفقرهم لا لقرابتهم والدليل عليه أنه عليه الصلاة والسلام كان يشدد فى أمر الغنائم فتناول من وبر بعير وقال ما يحل لى من غنائمكم ولا وزن هذه الوبرة الا الخمس وهو مردود فيكم ردوا الخيط والمخيط فان الغلول عار ونار وشنار على صاحبه يوم القيامة لم يخص عليه الصلاة والسلام القرابة بشىء من الخمس بل عم المسلمين جميعا بقوله عليه الصلاة والسلام والخمس مردود فيكم فدل أن سبيلهم سبيل سائر فقراء المسلمين يعطى من يحتاج منهم كفايته والله سبحانه وتعالى أعلم ولو أعطى أى فريق اتفق ممن سماهم الله تعالى جاز لان ذكر هؤلاء الاصناف لبيان المصارف لا لايجاب الصرف الى كل صنف منهم شيأ بل لتعيين المصرف حتى لا يجوز الصرف الى غير هؤلاء

كما في الصدقات والله تعالى أعلم وأما الكلام في الاربعة الاخماس ففي موضعين في بيان من يستحق السهم منها ومن
لا يستحق وفي بيان مقدار الاستحقاق أما الاول فالذي يستحق السهم منها هو الرجل المسلم المقاتل وهو ان يكون
من أهل القتال ودخل دار الحرب على قصد القتال وسواء قاتل أو لم يقاتل لان الجهاد والقتال ارهاب العدو وذا كما
يحصل بمباشرة القتل يحصل بثبات القدم في صف القتال ردأ للمقاتلة خشية كر العدو عليهم وكذا روى أن أصحاب
بدر كانوا اثلاثا ثلث في نحر العدو يقتلون ويأسرون وثلث يجمعون الغنائم وثلث يكونون ردا لهم خشية كر العدو
عليهم وسواء كان مريضا أو صحيحا شابا أو شيخا حرا أو عبدا مأذونا بالقتال لانهم من أهل القتال (فاما) المرأة
والصبي العاقل والذمي والعبد المحجور فليس لهم سهم كامل لانهم ليسوا من أهل القتال ألا ترى أنه لا يجب القتال على
الصبي والذمي أصلا ولا يجب على المرأة والعبد الا عند الضرورة وهي ضرورة عموم النفير ولذلك لم يستحقوا كمال
السهم ولكن يرضخ لهم على حسب ما يرى الامام وكذا روى أنه عليه الصلاة والسلام كان لا يعطي العبيد
والصبيان والنسوان سهما كاملا من الغنائم وكذا لا سهم للتاجر لانه لم يدخل الدار على قصد القتال الا اذا قاتل مع
العسكر فانه يستحق ما يستحقه العسكر لانه تبين انه دخل الدار على قصد القتال فكان مقاتلا ولا سهم للاجير لانعدام
الدخول على قصد القتال فان قاتل نظر في ذلك ان ترك الخدمة فقد دخل في جملة العسكر وان لم يترك فلا شيء له أصلا
لانه اذا لم يترك تبين انه لم يدخل على قصد القتال والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) بيان مقدار الاستحقاق وبيان
حال المستحق وهو المقاتل فنقول وبالله التوفيق المقاتل اما ان يكون راجلا (واما) ان يكون فارسا فان كان راجلا فله
سهم واحد وان كان فارسا فله سهمان عند أبي حنيفة رضي الله عنه وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله له ثلاثة
أسهم سهم له وسهمان لفرسه وبه أخذ الشافعي رحمه الله وروايات الاخبار تعارضت في الباب روى في بعضها انه
عليه الصلاة والسلام قسم للفارس سهمين وفي بعضها أنه عليه الصلاة والسلام قسم له ثلاثة أسهم الا أن رواية
السهمين عاضدها القياس وهو ان الرجل أصل في الجهاد والفرس تابع له لانه آلة ألا ترى ان فعل الجهاد يقوم بالرجل
وحده ولا يقوم بالفرس وحده فكان الفرس تابعا في باب الجهاد ولا يجوز تفضيل التبع على الاصل في السهم وأخبار
الآحاد اذا تعارضت فالعمل بما عاضده القياس أولى والله سبحانه وتعالى أعلم ويستوي فيه العتيق من الخيل
والفرس والبرذون لانه لا فصل في النصوص بين فارس وفارس ولان استحقاق سهم الفرس لحصول ارهاب العدو
به والله سبحانه وتعالى وصف جنس الخيل بذلك بقوله تبارك وتعالى ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله
وعدوكم فلا يفصل بين نوع ونوع ولا يسهم لاكثر من فرس واحد عند أبي حنيفة ومحمد وزفر رحمهم الله وعند
أبي يوسف يسهم لفرسين (وجه) قول أبي يوسف رحمه الله ان الغازي تقع الحاجة له الى فرسين يركب أحدهما
ويجنب الآخر حتى اذا أعيي المركوب عن الكر والفر تحول الى الجنيبة (وجه) قولهم ان الاسهام للخيل في الاصل
ثبت على مخالفة القياس لان الخيل آلة الجهاد ثم لا يسهم لسائر آلات الجهاد فكذا الخيل الا أن الشرع ورد به كفرس
واحد فالزيادة على ذلك ترد الى أصل القياس على ان ورود الشرع ان كان معلولا بكونه آلة مرهبة للعدو بخلاف
سائر الآلات فالمعتبر هو أصل الارهاب بدليل انه لا يسهم لما زاد على فرسين بالاجماع مع أن معنى الارهاب يزداد
بزيادة الفرس ثم اختلف في حال المقاتل من كونه فارسا أو راجلا في أي وقت يعتبر وقت دخوله دار الحرب أم
وقت شهود الوقعة فعندنا يعتبر وقت دخول دار الحرب اذا دخلها على قصد القتال وعند الشافعي رحمه الله يعتبر وقت
شهود الوقعة حتى ان الغازي اذا دخل دار الحرب فارسا فمات فرسه أو نفر أو أخذه العدو فله سهم الفرسان عندنا وعنده
له سهم الرجالة واحتج بما روى عن سيدنا عمر رضي الله عنه انه قال الغنيمة لمن شهد الوقعة ولان استحقاق الغنيمة
بالجهاد ولم يوجد وقت دخول دار الحرب لان الجهاد بالمقاتلة ودخول دار الحرب من باب قطع المسافة لا من باب
المقاتلة (ولنا) أن الله تبارك وتعالى جعل الغنائم للمجاهدين قال سبحانه وتعالى فكلوا مما غنمتم حلالا طيبا

وقال تعالى عز شأنه واعلموا انما غنمتم من شىء وقال جلت عظمته وكبرياؤه وعدكم الله مغانم كثيرة تأخذونها وقال سبحانه وتعالى واذ يعدكم الله احدى الطائفتين انها لكم وغير ذلك من النصوص والذى جاوز الدرب فارسا على قصد القتال مجاهد لوجهين أحدهما أن المجاوزة على هذا الوجه ارهاب العدو وانه جهاد والدليل على انه ارهاب العدو وانه جهاد قوله عز وجل ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله وعدوكم ولان دار الحرب لا تخلو عن عيون الكفار وطلائعهم فاذا دخلها جيش كثيف رجالا وركبانا فالجواسيس يخبرونهم بذلك فيقع الرعب فى قلوبهم حتى يتركوا القرى والرساتيق هرابا الى القلاع والحصون المنيعة فكان مجاوزة الدرب على قصد القتال ارهاب العدو وانه جهاد والثانى ان فيه غيظ الكفرة وكبتهم لان وطء أرضهم وعقر دارهم مما يغيظهم قال الله تبارك وتعالى ولا يطؤن موطئاً يغيظ الكفار وفيه قهرهم وما الجهاد الا قهر أعداء الله تعالى لاعزاز دينه واعلاء كلمته فدل ان مجاوزة الدرب فارساً على قصد القتال جهاد ومن جاهد فارساً فله سهم الفرسان ومن جاهد راجلا فله سهم الرجالة بقوله عليه الصلاة والسلام للفارس سهمان وللراجل سهم وأما أمر سيدنا عمر رضى الله عنه فيحتمل انه قال ذلك فى وقعة خاصة بان وقع القتال فى دار الاسلام أو فى أرض فتحت عنوة وقهراً ثم لحق المدد أو يحمل على هذا توفيقا بين الدلائل بقدر الامكان صيانة لها عن التناقض ونحن به نقول ان المدد لا يشاركونهم فى الغنيمة فى تلك الوقعة الا اذا شهدوها ولا كلام فيه وعلى هذا اذا دخل راجلا ثم اشترى فرساً أو استأجر أو استعار أو وهب له فله سهم الرجال عندنا لاعتبار وقت الدخول وعند الشافعى له سهم الفرسان لاعتبار وقت الشهود وقال الحسن رحمه الله فى هذه الصورة اذا قاتل فارساً فله سهم فارس وعلى هذا اذا دخل فارسا ثم باع فرسه أو آجره أو وهبه أو أعاره فقاتل وهو راجل فله سهم راجل ذكره فى السير الكبير وروى الحسن عن أبى حنيفة رحمهما الله ان له سهم فارس وسوى على هذه الرواية بين البيع والموت وبين البيع قبل شهود الوقعة وبعدها والصحيح جواب ظاهر الرواية لان المجاوزة فارسا على قصد القتال دليل الجهاد فارسا ولما باع فرسه تبين انه لم يقصد به الجهاد فارسا بل قصد به التجارة وكذا هذا فى الاجارة والاعارة والرهن بخلاف ما بعد شهود الوقعة لان البيع بعده لا يدل على قصد التجارة لان الغازى لا يبيع فرسه ذلك الوقت لقصد التجارة عادة بل لقصد ثبات القدم والتشمر للقتال بعامة ما فى وسعه وامكانه والله تعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان حكم الاستيلاء من الكفرة على أموال المسلمين فالكلام فيه فى موضعين أحدهما فى بيان أصل الحكم والثانى فى بيان كيفيته أما الاول فنقول لا خلاف فى أن الكفار اذا دخلوا دار الاسلام واستولوا على أموال المسلمين ولم يحرزوها بدارهم انهم لا يملكونها حتى لو ظهر عليهم المسلمون وأخذوا ما فى أيديهم لا يصير ملكا لهم وعليهم ردها الى أربابها بغير شىء وكذا لو قسموها فى دار الاسلام ثم ظهر عليهم المسلمون فاخذوها من أيديهم أخذها أصحابها بغير شىء لان قسمتهم لم تجز لعدم الملك فكان وجودها والعدم بمنزلة واحدة بخلاف قسمة الامام الغنائم فى دار الحرب انها جائزة وان لم يثبت الملك فيها فى دار الحرب لان قسمة الامام انما تجوز عندنا اذا اجتهد وأفضى رأيه الى الملك حتى لو قسم مجازفة لا تجوز على أن القسمة هناك قضاء صدر من امام جائز القضاء ولم يوجد ههنا ولا خلاف فى انهم أيضا اذا استولوا على رقاب المسلمين ومدبريهم وأمهات أولادهم ومكاتبيهم انهم لا يملكونهم وان أحرزوهم بالدار واختلف فيما اذا دخلوا دار الاسلام فاستولوا على أموال المسلمين وأحرزوها بدار الحرب قال علماؤنا يملكونها حتى لو كان المستولى عليه عبدا فاعتقه الحربى أو باعه أو كاتبه أو دبره أو كانت أمة فاستولدها جاز ذلك خاصة وقال الشافعى رحمه الله لا يملكونها وجه قوله انهم استولوا على مال معصوم والاستيلاء على مال معصوم لا يفيد الملك كاستيلاء المسلم على مال المسلمين واستيلائهم على الرقاب وانما قلنا ذلك لان عصمة مال المسلم ثابتة فى حقهم لانهم يخاطبون بالحرمات اذا بلغتهم الدعوة وان اختلفا فى العبادات والاستيلاء يكون محظوراً والمحظور

لا يصلح سبباً للملك (ولنا) انهم استولوا على مال مباح غير مملوك ومن استولى على مال مباح غير مملوك يملكه كمن استولى على الحطب والحشيش والصيد ودلالة ان هذا الاستيلاء على مال مباح غير مملوك ان ملك المالك يزول بعد الاحراز بدار الحرب فتزول العصمة ضرورة بزوال الملك والدليل على زوال الملك ان الملك هو الاختصاص بالمحل فى حق التصرف أو شرع للتمكن من التصرف فى المحل وقد زال ذلك بالاحراز بالدار لان المالك لا يمكنه الانتفاع به الا بعد الدخول ولا يمكنه الدخول بنفسه لما فيه من مخاطرة الروح والقاء النفس فى التهلكة وغيره قد لا يوافقه ولو وافقه فقد لا يظفر به ولو ظفر به فقلما يمكنهم الاسترداد لان الدار دارهم وأهل الدار يذبون عن دارهم فاذا زال معنى الملك أو ماشرع له الملك يزول الملك ضرورة وكذلك لو استولوا على عبيدنا فهو على هذا الاختلاف لان العبد مال قابل للتمليك بالاستيلاء ولهذا يحتمل التملك بسائر أسباب الملك بخلاف الاحرار والمدبرين والمكاتبين وأمهات الاولاد وهذا اذا دخلوا دار الاسلام فاستولوا على عبيد المسلمين وأحرزوهم بدار الحرب فامااذا أبق عبد أو أمة ولحق بدار الحرب فأخذه الكفار لا يملكونه عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف ومحمد يملكونه وجه قولهما انهم استولوا على مال مباح غير مملوك فيملكونه قياساً على الدابة التى ندت من دار الاسلام الى دار الحرب فأخذها الكفار وسائر أموال المسلمين التى استولوا عليها والدليل على انهم استولوا على مال مباح غير مملوك انه كما دخل دار الحرب فقد زال ملك المالك لما ذكرنا فى المسألة الاولى و زوال الملك لا يوجب زوال المالية ألا ترى أنه لا يوجب زوال الرق (وجه) قول أبى حنيفة ان الاستيلاء لم يصادف محله فلا يفيد الملك قياساً على الاستيلاء على الاحرار والمدبرين والمكاتبين وأمهات الاولاد ودلالة ان الاستيلاء لم يصادف محله ان محل الاستيلاء هو المال ولم يوجد لان المالية فى هذا المحل انما ثبتت ضرورة ثبوت الملك للغانمين لان الاصل فيه هو الحرية وكما دخل دار الحرب فقد زال الملك كما ذكرنا فى المسألة المتقدمة فتزول المالية الثابتة ضرورة ثبوته فكان ينبغى ان يزول الرق أيضا الا انه بقى شرعا بخلاف القياس فيقتصر على مورد النص بخلاف الدابة لان المالية فيها لا تثبت ضرورة ثبوت الملك لانها مال والاموال كلها محل لثبوت الملك و بخلاف الآبق المتردد فى دار الاسلام لان الاستيلاء حقيقة صادفه وهو مال مملوك فكان ينبغى ان يثبت الملك للحال لوجود سببه الا أنه تأخر الى وقت الاحراز بالدار لمانع وهو ملك المالك فاذا أحرزوه بدارهم فقد زال المانع لزوال الملك فيعمل الاستيلاء السابق وعمله فى اثبات الملك والملك لا يثبت الا فى المال فبقيت المالية ضرورة المرء ههنا لا سقيلاء حال كونه مالا أصلا و بعدما وجد الاستيلاء لا مالية لزوال الملك فلم يصادف الاستيلاء محله فلا يفيد الملك والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) بيان كيفية الحكم فنقول ملك المسلم يزول عن ماله باستيلاء الكفار عليه و يثبت لهم عندنا على وجه له حق الاعادة اما بعوض أو بغير عوض حتى لو ظهر عليهم المسلمون فاخذوها وأحرزوها بدار الاسلام ثم ان وجده المالك القديم قبل القسمة أخذه بغير شئ سواء كان من ذوات القيم أو من ذوات الامثال وان وجده بعد القسمة فان كان من ذوات الامثال لا يأخذه لانه لو أخذه لاخذه بمثله فلا يفيد وان لم يكن من ذوات الامثال يأخذه بقيمته ان شاء لان الأخذ بالقيمة مراعاة الجانبين جانب الملك القديم بايصاله الى قديم ملكه الخاص المأخوذ منه بغير عوض وجانب الغانمين بصيانة ملكهم الخاص عن الزوال من غير عوض فكان الاخذ بالقيمة نظراً للجانبين ومراعاة الحقين بخلاف ما اذا وجده قبل القسمة انه يأخذه بغير شئ لان الثابت للغانمين قبل القسمة بعد الاحراز ليس الا الحق المتأكد أو الملك العام فكانت الاعادة الى قديم الملك رعاية للملك الخاص أولى وقد روى أن بعيراً لرجل من المسلمين استولى عليه أهل الحرب ثم ظهر عليهم المسلمون فوجده صاحبه فى المغنم فسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عنه فقال ان وجدته قبل القسمة فهو لك بغير شئ وان وجدته بعد القسمة فهو لك بالقيمة وكذلك لو كان الحربى باع المأخوذ من المسلمين ثم ظهر عليه المسلمون فان المالك القديم يأخذه قبل القسمة بغير شئ و بعد القسمة بالقيمة لانه باعه مستحق الاعادة الى قديم

الملك فبقى كذلك ولو كان المستولى عليه مدبراً أومكاتباً أوأم ولد ثم ظهر عليه المسلمون فاخرجوه الى دار الاسلام أخذه المالك القديم بغيرشئ قبل القسمة و بعدها لانه حرمن وجه والحرمن وجه أومن كل وجه لا يحتمل التملك بالاستيلاء ولهذا لا يحتمله سائر أسباب الملك فاذا حصلوا فى أيدى الغانمين وجب ردهم الى المالك القديم ولو وهب الحربى ماملكه بالاستيلاء لرجل من المسلمين أخذه المالك القديم بالقيمة ان شاء لان فيه نظراً للجانبين على ما بينا وكذلك لو باعه من مسلم بعوض فاسد بان باع من مسلم عبد المسلم بخمر أوخنزير أخذه صاحبه بقيمة العبد لان تسمية الخمر والخنزير لم تصح فكان هذا بيعا فاسداً والبيع الفاسد مضمون بقيمة المبيع فصار كانه اشتراه بقيمته ولولم يكن العوض فاسدا اخذه بالثمن الذى اشتراه به ان شاء ان كان اشتراه بخلاف جنسه لان الاخذ عند اختلاف الجنس مفيد وكذلك لو كان اشتراه بجنسه لكن باقل منه فانه يأخذه بمثل ما اشتراه ولا يكون هذا رباً لان الربا فضل مال قصد استحقاقه بالبيع من غير عوض يقابله والمالك القديم لا يأخذه بطريق البيع بل بطريق الاعادة الى قديم ملكه فلا يتحقق الربا وان كان اشتراه بجنسه بمثله قدراً لا يأخذه لانه لا يفيد ولو اشتراه رجل من العدو ثم باعه من رجل آخر ثم حضر المالك القديم أخذه من الثانى بالثمن الثانى وليس له ان ينقض البيع الثانى و يأخذ بالثمن الاول من المشترى الاول فى ظاهر الرواية وروى عن محمد رحمه الله فى النوادر ان المالك بالخيار ان شاء نقض البيع وأخذه بالثمن الاول وان شاء أخذه بالثمن الثانى (وجه) رواية النوادر أن أخذ المالك القديم تملك ببدل فاشبه حق الشفعة ثم حق الشفيع مقدم على حق المشترى فكذا حقه والجامع ان حق كل واحد منهما سابق على حق المشترى والسبق من أسباب الترجيح وجه ظاهر الرواية أنه لا ملك للمالك القديم فى المحل بوجه بل هو زائل من كل وجه وانما الثابت له حق الاعادة وانه ليس بمعنى فى المحل فلا يمنع جواز البيع فلا يملك نقضه بخلاف حق الشفعة فان الشفيع يملك نقض المشفوع فيقتضى الاخذ بالشفعة تمليك البائع منه على ما عرف وعلى هذا الاصل اذا علم المالك القديم بشراء المأسور وترك الطلب زمانا لا يبطل حقه لان هذا الاخذ ليس فى معنى الاخذ بالشفعة ليشترط له الطلب على سبيل المواثبة وعلى قياس ما روى عن محمد رحمه الله يبطل كما يبطل حق الشفعة بترك الطلب على المواثبة وكذلك هذا الحق يورث فى ظاهر الرواية حتى لومات المالك القديم كان لورثته أن يأخذوه وعلى قياس ماروى عن محمد رحمه الله لا يورث كما لا يورث حق الشفعة والصحيح جواب ظاهر الرواية لان هذا الاخذ ليس ابتداء تملك بل هو اعادة الى قديم الملك بخلاف الأخذ بالشفعة وحق الاعادة الى قديم الملك مما يحتمل الارث كحق الرد بالعيب وليس لبعض الورثة أن يأخذوا ذلك دون البعض لانه حق ثبت للكل فلا ينفرد به البعض ولواشترى المأسور رجل فادخله دار الاسلام ثم اشتراه العدو ثانياً فاشتراه رجل آخر فادخله دار الاسلام فالمشترى الاول أحق من المالك القديم وليس للمالك القديم أن ياخذه من المشترى الثانى لانه لما أسر من يد المشترى الاول نزل المشترى الاول منزلة المالك القديم فكان حق الاخذ له لكن اذا أخذه المشترى الاول فللمالك القديم أن ياخذه بالثمنين ان شاء أو يدع لانه لما أخذه المشترى الاول بالثمن فقد قام عليه بالثمنين فكأنه اشتراه بهذا القدر من المال ولم يوجد الاسر أصلا ولو أعتق الحربى العبد المأسور فى دار الحرب أودبره أوكاتبه أوكانت أمة فاستولدها ثم ظهر المسلمون عليها فذلك كله جائز وعتقت هى وأولادها وكذا المدبر والمكاتب (أما) اذا أعتقه فلان يده زالت عنه وهو مسلم فحصل فى يد نفسه فعتق عليه كالعبد الحربى اذا خرج الينا مسلما والاستيلاد فرع النسب والنسب يثبت فى دار الحرب وقهر الحربى كونه وان مات عتقت أم ولده كما اذا غلب عليه وعتق المدبر لهذا المعنى والمكاتب صار فى يد نفسه لزوال يد المولى عنه وهو مسلم فيعتق ولانه اذا قهر المولى سقط عنه بدل الكتابة فعتق لزوال رقه ولو كان المأسور حراً فاشتراه مسلم وأخرجه الى دار الاسلام فلا شئ للمشترى على الحر لانه ما اشتراه حقيقة اذ الحر لا يحتمل التملك لكنه بذل مالا لاستخلاص الاسير بغير اذنه فكان متطوعاً فيه فلا يملك الرجوع عليه وان أمره الحر بذلك ففعله بامره رجع

عليه لانه لما أمره بذلك فكأنه استقرض منه هذا القدر من المال فاقرضه اياه ثم أمره أن يدفعه الى فلان ففعل فيرجع عليه بحكم الاستقراض ولو أسلم أهل الحرب ومتاع المسلمين الذى أحرزوه فى أيديهم فهو لهم ولا حق للمالك القديم فيه لانه مال أسلموا عليه ومن أسلم على مال فهو له على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم هذا الذى ذكرنا حكم استيلاء الكافر فاما حكم الشراء فنقول الحربى اذا خرج الينا فاشترى عبداً مسلما ثبت الملك له فيه عندنا لكنه يجبر على البيع وكذلك لو خرج الينا بعبده فاسلم فى يده يجبر على البيع وعند الشافعى رحمه الله لا يجوز شراء الكافر العبد المسلم وهى مسئلة كتاب البيوع فان لم يبعه حتى دخل دار الحرب به عتق عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى وعندهما لا يعتق وجه قولهما أن لا احراز الكافر ماله بدار الحرب أثرا فى زوال العصمة لا فى زوال الملك فان مال الكافر مملوك لكنه غير معصوم وجه قول أبى حنيفة رحمه الله ان الثابت للحربى بالشراء ملك مجبور على ازالته فلو لم يعتق بادخاله دار الحرب لم يبق الملك الثابت له شرعاً بهذه الصفة لتعذر الجبر بالاحراز بوجه فيؤدى الى تغيير المشروع وهذا لا يجوز ثم طريق الزوال هو الاحراز بالدار وان كان هو فى الاصل شرط زوال الملك والعصمة فى استيلاء الكفار لتعذر تحصيل العلة فاقيم الشرط مقامه على الاصل المعهود من اقامة الشرط مقام العلة عند تعذر تعليق الحكم بالعلة ولو اشترى عبدا ذميا فهو على هذا الاختلاف أيضا لان الحربى مجبور على بيع الذمى أيضا ولا يترك ليدخل دار الحرب ولو أسلم عبد لحربى فى دار الحرب لا يعتق وهو عبد على حاله بالاجماع لان الملك وان كان واجب الازالة لكن لا طريق للزوال ههنا فبقى على حاله ولو خرج هذا العبد الينا فان خرج مراغماً لمولاه ولحق بعسكر المسلمين عتق لان دار الحرب دار قهر وغلبة وقد قهر مولاه بخروجه مراغماً اياه فصار مستوليا على نفسه مستغنما اياها فيزول ملك المالك عنه وقد روى انه عليه الصلاة والسلام قال فى أباق الطائف هؤلاء عتقاء الله سبحانه وتعالى ولو خرج غير مراغم فان خرج باذن المولى للتجارة فهو عبد لمولاه لكن يبيعه الامام ويقف ثمنه لمولاه أما كونه عبد المولاه فلانه لم يخرج قاهرا مستوليا ولانه ملك مستحق الزوال بالاسلام وأما وقف ثمنه لمولاه فلانه باعه على ملكه وكذا لو لم يخرج مراغما ولكن ظهر المسلمون على الدار يعتق أيضا لانه لما أسلم فقد بقى عليه ملك مستحق الزوال محتاج الى طريق الزوال وقد وجد وهو احراز نفسه عنه المسلمين وانه اسبق من احراز المسلمين اياه بدار الاسلام لتملكوه فكان أولى ولو لم يخرج ولم يظهر على الدار ولكن باعه الحربى من مسلم أو حربى عتق عند أبى حنيفة قبل المشترى البيع أو لم يقبل وعندهما لا يعتق وجه قولهما انه كما زال ملك البائع عنه فقد ثبت ملك المشترى فيه فلا يعتق وجه قول أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه ماذكرنا ان هذا ملك مستحق الزوال موقوف زواله على سبب الزوال أو شرط الزوال على ما بينا فاذا عرضه على البيع والبيع سبب لزوال الملك فقد رضى بزواله الى غيره فكان زواله اليه أرضى لانه استحق الزوال وغيره ما استحقه والرضا بالزوال شرط الزوال ولو أسلم حربى فى دار الحرب وله رقيق فيها فخرج هو الى دار الاسلام ثم تبعه عبده بعد ذلك كافرا كان أو مسلما فهو عبد لمولاه لان خروجه الى مولاه كخروجه مع مولاه ولو كان خرج مع مولاه لكان عبد المولاه كذا هذا والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان الاحكام التى تختلف باختلاف الدارين فنقول لا بد أولا من معرفة معنى الدارين دار الاسلام ودار الكفر لتعرف الاحكام التى تختلف باختلافهما ومعرفة ذلك مبنية على معرفة ما به تصير الدار دار اسلام أو دار كفر فنقول لا خلاف بين أصحابنا فى ان دار الكفر تصير دار اسلام بظهور أحكام الاسلام فيها واختلفوا فى دار الاسلام انها بماذا تصير دار الكفر قال أبو حنيفة انها لا تصير دار الكفر الا بثلاث شرائط أحدها ظهور أحكام الكفر فيها والثانى ان تكون متاخمة لدار الكفر والثالث ان لا يبقى فيها مسلم ولا ذمى آمناً بالامان الاول وهو أمان المسلمين وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله انها تصير دار الكفر بظهور أحكام الكفر فيها (وجه) قولهما ان قولنا دار الاسلام ودار الكفر اضافة دار الى الاسلام والى الكفر وانما تضاف الدار الى الاسلام أو الى الكفر

لظهور الاسلام أو الكفر فيها كما تسمى الجنة دار السلام والنار دار البوار لوجود السلامة فى الجنة والبوار فى النار وظهور الاسلام والكفر بظهور أحكامهما فاذا ظهر أحكام الكفر فى دار فقد صارت دار كفر فصحت الاضافة ولهذا صارت الدار دار الاسلام بظهور أحكام الاسلام فيها من غير شريطة أخرى فكذا تصير دار الكفر بظهور أحكام الكفر فيها والله سبحانه وتعالى أعلم (وجه) قول أبى حنيفة رحمه الله ان المقصود من اضافة الدار الى الاسلام والكفر ليس هو عين الاسلام والكفر وانما المقصود هو الامن والخوف ومعناه ان الامان ان كان للمسلمين فيها على الاطلاق والخوف للكفرة على الاطلاق فهى دار الاسلام وان كان الامان فيها للكفرة على الاطلاق والخوف للمسلمين على الاطلاق فهى دار الكفر والاحكام مبنية على الامان والخوف لا على الاسلام والكفر فكان اعتبار الامان والخوف أولى فما لم تقع الحاجة للمسلمين الى الاستئمان بقى الامن الثابت فيها على الاطلاق فلا تصير دار الكفر وكذا الامن الثابت على الاطلاق لا يزول الا بالمتاخمة لدار الحرب فتوقف صيرورتها دار الحرب على وجودهما مع ما ان اضافة الدار الى الاسلام احتمل ان يكون لما قلتم واحتمل ان يكون لما قلنا وهو ثبوت الامن فيها على الاطلاق للمسلمين وانما يثبت للكفرة بعارض الذمة والاستئمان فان كانت الاضافة لما قلتم تصير دار الكفر بما قلتم وان كانت الاضافة لما قلنا لا تصير دار الكفر الا بما قلنا فلا تصير ما به دار الاسلام بيقين دار الكفر بالشك والاحتمال على الاصل المعهود ان الثابت بيقين لا يزول بالشك والاحتمال بخلاف دار الكفر حيث تصير دار الاسلام لظهور أحكام الاسلام فيها لان هناك الترجيح لجانب الاسلام لقوله عليه الصلاة والسلام الاسلام يعلو ولا يعلى فزال الشك على ان الاضافة ان كانت باعتبار ظهور الاحكام لكن لا تظهر أحكام الكفر الا عند وجود هذين الشرطين أعنى المتاخمة وزوال الامان الاول لانها لا تظهر الا بالمنعة ولا منعة الا بهما والله سبحانه وتعالى أعلم وقياس هذا الاختلاف فى أرض لاهل الاسلام ظهر عليها المشركون وأظهروا فيها أحكام الكفر أو كان أهلها أهل ذمة فنقضوا الذمة وأظهروا أحكام الشرك هل تصير دار الحرب فهو على ما ذكرنا من الاختلاف فاذا صارت دار الحرب فحكمها اذا ظهرنا عليها وحكم سائر دور الحرب سواء وقد ذكرناه ولو فتحها الامام ثم جاء أربابها فان كان قبل القسمة أخذوا بغير شئ وان كان بعد القسمة أخذوا بالقيمة ان شاؤا لما ذكرنا من قبل ويعاد المأخوذ على حكمه الاول الخراجى يعاد خراجيا والعشرى يعاد عشريا لان هذا ليس استحداث الملك بل هو عود قديم الملك اليه فيعود بوظيفته الا اذا كان الامام وضع عليها الخراج قبل ذلك فلا يعود عشريا لان تصرف الامام صدر عن ولاية شرعية فلا يحتمل النقض والله تعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما الاحكام التى تختلف باختلاف الدارين فانواع منها ان المسلم اذا زنا فى دار الحرب أو سرق أو شرب الخمر أو قذف مسلما لا يؤخذ بشئ من ذلك لان الامام لا يقدر على اقامة الحدود فى دار الحرب لعدم الولاية ولو فعل شيأ من ذلك ثم رجع الى دار الاسلام لا يقام عليه الحد أيضا لان الفعل لم يقع موجبا أصلا ولو فعل فى دار الاسلام ثم هرب الى دار الحرب يؤخذ به لان الفعل وقع موجبا للاقامة فلا يسقط بالهرب الى دار الحرب وكذلك اذا قتل مسلما لا يؤخذ بالقصاص وان كان عمدا لتعذر الاستيفاء الا بالمنعة اذ الواحد يقاوم الواحد والمنعة منعدمة ولان كونه فى دار الحرب أورث شبهة فى الوجوب والقصاص لا يجب مع الشبهة ويضمن الدية خطأ كان أو عمدا وتكون فى ماله لا على العاقلة لان الدية تجب على القاتل ابتداء أولان القتل وجد منه ولهذا وجب القصاص والكفارة على القاتل لا على غيره فكذا الدية تجب عليه ابتداء وهو الصحيح ثم العاقلة تتحمل عنه بطريق التعاون لما يصل اليه بحيائه من المنافع من النصرة والعز والشرف بكثرة العشائر والبر والاحسان لهم ونحو ذلك وهذه المعانى لا تحصل عند اختلاف الدارين فلا تتحمل عنه العاقلة وكذلك لو كان أميرا على سرية أو أمير جيش وزنا رجل منهم أو سرق أو شرب الخمر أو قتل مسلما خطأ أو عمدا لم يأخذه الامير بشئ من ذلك لان الامام ما فوض اليه اقامة

الحدود والقصاص لعلمه انه لا يقدر على اقامتها فى دار الحرب الا أنه يضمنه السرقة ان كان استهلكها و يضمنه الدية فى باب القتل لانه يقدر على استيفاء ضمان المال ولو غزا الخليفة أو أمير الشام ففعل رجل من العسكر شيأ من ذلك أقام عليه الحد واقتص منه فى العمد وضمنه الدية فى ماله فى الخطأ لان اقامة الحدود الى الامام وتمكنه الاقامة بماله من القوة والشوكة باجتماع الجيوش وانقيادها له فكان لعسكره حكم دار الاسلام ولو شذ رجل من العسكر ففعل شيأ من ذلك درئ عنه الحد والقصاص لاقتصار ولاية الامام على المعسكر وعلى هذا يخرج الحربى اذا أسلم فى دار الحرب ولم يهاجر الينا فقتله مسلم عمداً أو خطأ لانه لا قصاص عليه عندنا على ماذكرنا وهذا مبنى على ان التقوم عندنا يثبت بدار الاسلام لان التقوم بالعزة ولا عزة الا بمنعة المسلمين وعند الشافعى رحمه الله التقوم يثبت بالاسلام وعلى هذا اذا أسلم الحربى فى دار الحرب ولم يعرف ان عليه صلاة ولا صياما ثم خرج الى دار الاسلام فليس عليه قضاء مامضى وقال أبو يوسف أستحسن ان يجب عليه القضاء (وجه) قوله ان الصلاة قد وجبت عليه لوجود سبب الوجوب وهو الوقت وشرطه وهو الاسلام والصلاة الواجبة اذا فاتت عن وقتها تقضى كالذمى اذا أسلم فى دار الاسلام ولم يعرف ان عليه ذلك حتى مضى عليه أوقات صلوات ثم علم (وجه) قول أبى حنيفة ان وجوب الشرائع يعتمد البلوغ وهو العلم بالوجوب لان وجوبها لا يعرف الا بالشرع بالاجماع ان اختلفا فى وجوب الايمان الا ان حقيقة العلم ليست بشرط بل امكان الوصول اليه كاف وقد وجد ذلك فى دار الاسلام لانها دار العلم بالشرائع ولم يوجد فى دار الحرب لانها دار الجهل بها بخلاف وجوب الايمان وشكر النعم وحرمة الكفر والكفران ونحو ذلك لان هذه الاحكام لا يقف وجوبها على الشرع بل تجب بمجرد العقل عندنا فان أبا يوسف روى عن أبى حنيفة رحمه الله هذه العبارة فقال كان أبو حنيفة رضى الله عنه يقول لا عذر لاحد من الخلق فى جهله معرفة خالقه لان الواجب على جميع الخلق معرفة الرب سبحانه وتعالى وتوحيده لما يرى من خلق السموات والارض وخلق نفسه وسائر ماخلق الله سبحانه وتعالى فاما الفرائض فمن لم يعلمها ولم تبلغه فان هذا لم تقم عليه حجة حكمية بلفظه وعلى هذا اذا دخل مسلم أو ذمى دار الحرب بامان فعاقد حربيا عقد الربا أو غيره من العقود الفاسدة فى حكم الاسلام جاز عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وكذلك لو كان أسيراً فى أيديهم أو أسلم فى دار الحرب ولم يهاجر الينا فعاقد حربياً وقال أبو يوسف لا يجوز للمسلم فى دار الحرب الا ما يجوز له فى دار الاسلام (وجه) قوله ان حرمة الربا ثابتة فى حق العاقدين أما فى حق المسلم فظاهر وأما فى حق الحربى فلان الكفار مخاطبون بالحرمات وقال تعالى جل شانه وأخذهم الربا وقد نهوا عنه ولهذا حرم مع الذمى والحربى الذى دخل دارنا بامان (وجه) قولهما ان أخذ الربا فى معنى اتلاف المال واتلاف مال الحربى مباح وهذا لانه لا عصمة لمال الحربى فكان المسلم بسبيل من أخذه الا بطريق الغدر والخيانة فاذا رضى به انعدم معنى الغدر بخلاف الذمى والحربى المستأمن لان أموالهما معصومة على الاتلاف ولو عاقد هذا المسلم الذى دخل بامان مسلماً أسلم هنالك ولم يهاجر الينا جاز عند أبى حنيفة وعندهما لا يجوز ولو كانا أسيرين أو دخلا بامان للتجارة فتعاقدا عقد الربا أو غيره من البياعات الفاسدة لا يجوز بالاتفاق (وجه) قولهما ان أخذ الربا من المسلم اتلاف مال معصوم من غير رضاه معنى لان الشرع حرم عليه ان تطيب نفسه بذلك بقوله عليه الصلاة والسلام من زاد واستزاد فقد أربى والساقط شرعا والعدم حقيقة سواء فاشبه تعاقد الاسيرين والتاجرين (وجه) قول أبى حنيفة رضى الله عنه ان أخذ الربا فى معنى اتلاف المال ومال الذى أسلم فى دار الحرب ولم يهاجر الينا غير مضمون بالاتلاف بدل عليه ان نفسه غير مضمونة بالقصاص ولا بالدية عندنا وحرمة المال تابعة لحرمة النفس بخلاف التاجرين والاسيرين فان مالهما مضمون بالاتلاف وعلى هذا اذا دخل مسلم دار الحرب بامان فادانه حربى أو ادان حربيا ثم خرج المسلم وخرج الحربى مستأمناً فان القاضى لا يقضى لواحد منهما على صاحبه بالدين وكذلك لو غصب أحدهما صاحبه شيأ لا يقضى بالغصب لان المداينة فى دار الحرب وقعت هدراً

لانعدام ولا يتناعليهم وانعدام ولايتهم أيضاً فى حقنا وكذا غصب كل واحد منهما صادف مالاغير مضمون فلم ينعقد سبباً لوجوب الضمان وكذلك لو كانا حربيين داين أحدهما صاحبه ثم خرجا مستأمنين ولو خرجا مسلمين لقضى بالدين لثبوت الولاية ولا يقضى بالغصب لما بينا الا ان المسلم لو كان هو الغاصب يفتى بان يرد عليهم ولا يقضى عليه لانه صار غادراً بهم ناقضاً عهدهم فتلزمه التوبة ولا تتحقق التوبة الا برد المغصوب برده وعلى هذا مسلمان دخلا دار الحرب بامان بان كانا تاجرين مثلا فقتل أحدهما صاحبه عمدا لاقصاص على القاتل لما بينا وان كان خطأ فعليه الدية فى ماله والكفارة لانهما من أهل دار الاسلام وانما دخلا دار الحرب لعارض أمر الا انه يجب القصاص للشبهة أولتعذر الاستيفاء على ما بينا ولو كانا أسيرين أو كان المقتول أسيرا مسلماً فلا شئ على القاتل الا الكفارة فى الخطا عند أبى حنيفة رضى الله عنه وعندهما عليه الكفارة والدية (وجه) قولهما ان الاسيرين من أهل دار الاسلام كالمستأمنين وانما الاسر أمر عارض ولابى حنيفة رضى الله عنه ان الاسير مقهور فى يد أهل الحرب فصار تابعاً لهم فبطل تقومه والله سبحانه وتعالى أعلم وعلى هذا الحربى اذا أعتق عبده الحربى فى دار الحرب لا ينفذ عندهما وعند أبى يوسف رحمه الله ينفذ وقيل لا خلاف فى العتق أنه ينفذ انما الخلاف فى الولاء انه هل يثبت منه عندهما لا يثبت وعنده يثبت (وجه) قوله ان ركن الاعتاق صدر من أهل الاعتاق فى محل مملوك للمعتق فيصح كما لو أعتق فى دار الاسلام (وجه) قولهما ان الاعتاق فى دار الحرب لا يفيد زوال الملك لان الملك فى دار الحرب بالقهر والغلبة حقيقة فكل مقهور مملوك وكل قاهر مالك هذا ديانتهم فانهم لا يعرفون سوى القدرة الحقيقية حتى ان العبد منهم اذا قهر مولاه يصير هو مالكا ومولاه مملوكا وهذا لا يفيده الاعتاق فى دار الحرب فلا يوجب زوال ملك المالك هذا معنى قول مشايخنا لابى حنيفة رضى الله عنه معتق بلسانه مسترق بيده وكذلك لو اشترى قريباً لا يعتق عليه لانه لا يعتق بصريح الاعتاق فكيف يعتق بالشراء وكذلك لو دبره أو كاتبه فى دار الحرب حتى لو دخل دار الاسلام ومعه مدبر أو مكاتب دبره أو كاتبه فى دار الحرب جاز بيعه لان التدبير اعتاق مضاف الى ما بعد الموت والكتابة تعليق العتق بشرط اداء بدل الكتابة ثم لم ينفذ اعتاقه المنجز فكذا المعلق والمضاف ولو استولد أمته فى دار الحرب صح استيلاده إياها حتى لو خرج الينا بها الى دار الاسلام لا يجوز بيعها لان الاستيلاد اكتساب ثبات النسب للولد والحربى من أهل ذلك ألا ترى ان أنساب أهل الحرب ثابتة واذا ثبت النسب صارت أم ولد له فخرجت عن محلية البيع لكونها حرة من وجه قال عليه الصلاة والسلام أعتقها ولدها ولو دخل الحربى الينا بامان ففعل شيأ من ذلك نفذ كله لانه لما دخل بامان فقد لزمه أحكام الاسلام ما دام فى دار الاسلام ومن أحكام الاسلام أن لا يملك المعتق أن يسترق بيده ما أعتقه بلسانه ولو دبر عبده فى دار الاسلام ثم رجع الى دار الحرب وخلف المدبر أو خلف أم ولده التى استولدها فى دار الاسلام أو فى دار الحرب ثم مات على كفره أو قتل أو أسر يحكم بعتقهما أما اذا مات أو قتل فظاهر لان أم الولد والمدبر يعتقان بموت سيدهما والمقتول ميت باجله وان رغم أنف المعتزلة (وأما) اذا أسر فلانه صار مملوكا فلم يبق مالكا ضرورة وأما مكاتبه الذى كاتبه فى دار الاسلام ودخل هو الى دار الحرب فهو مكاتب على حاله وبدل الكتابة عليه لورثته اذا مات وكذلك الرهون والودائع والديون التى له على الناس وما كان للناس عليه فهى كلها على حالها اذا مات لانه دخل دار الاسلام بامان ومعه هذه الاموال فكان حكم الامان فيها باقياً وكذلك لو ظهر على الدار فظهر الحربى أو قتل ولم يظهر على الدار فملكه على حاله يعود فيأخذ أو يجئ ورثته فيأخذونه له اما اذا هرب ولم يقتل ولم يؤسر فظاهر واما اذا قتل ولم يظهر فلان ماله صار ميراثا لورثته فيجيؤن فيأخذونه والمكاتب على حاله يؤدى الى ورثته فيعتق فاما اذا ظهر وأسر او أسر ولم يظهر أو ظهر وقتل يعتق مكاتبه اما اذا ظهر وأسر أو أسر ولم يظهر فظاهر لانه ملك بالاسر وكذا اذا ظهر وقتل لان القتل بعد الظهور قتل بعد الاسر ويبطل ما كان له من الدين لما ذكرنا انه بالاسر صار مملوكا فلم يبق مالكا

فسقطت ديونه ضرورة ولا يصير مالكا للاسر لان الدين فى الذمة وما فى الذمة لا يعمل عليه الاسر وكذلك ما عليه من الديون يسقط أيضاً لانه لو بقى لتعلق برقبته فلا يخلص السبي للسابى وأما ودائعه فهى فى جماعة المسلمين وروى عن أبى يوسف رحمه الله انها تكون فيئا للمودع (ووجهه) ان يده عن يد الغانمين أسبق والمباح مباح لمن سبق على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم وجه ظاهر الرواية ان يد المودع يده تقديرا فكان الاستيلاء عليه بالاسر استيلاء على ما فى يده تقديرا ولا يختص به الغانمون لانه مال لم يؤخذ على سبيل القهر والغلبة حقيقة فكان فيئا حقيقة لا غنيمة فيوضع موضع الفيء وأما الرهن فعند أبى يوسف يكون للمرتهن بدينه والزيادة له وعند محمد رحمه الله يباع فيستوفى قدر دينه والزيادة فى جماعة المسلمين والله تعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان أحكام المرتدين فالكلام فيه فى مواضع فى بيان ركن الردة وفى بيان شرائط صحة الركن وفى بيان حكم الردة اما ركنها فهو اجراء كلمة الكفر على اللسان بعد وجود الايمان اذ الردة عبارة عن الرجوع عن الايمان فالرجوع عن الايمان يسمى ردة فى عرف الشرع واما شرائط صحتها فانواع منها العقل فلا تصح ردة المجنون والصبى الذى لا يعقل لان العقل من شرائط الاهلية خصوصاً فى الاعتقادات ولو كان الرجل ممن يجن ويفيق فان ارتد فى حال جنونه لم يصح وان ارتد فى حال افاقته صحت لوجود دليل الرجوع فى احدى الحالتين دون الاخرى وكذلك السكران الذاهب العقل لا تصح ردته استحسانا والقياس ان تصح فى حق الاحكام (وجه) القياس ان الاحكام مبنية على الاقرار بظاهر اللسان لا على ما فى القلب اذ هو أمر باطن لا يوقف عليه (وجه) الاستحسان ان أحكام الكفر مبنية على الكفر كما ان أحكام الايمان مبنية على الايمان والايمان والكفر يرجعان الى التصديق والتكذيب وانما الاقرار دليل عليهما واقرار السكران الذاهب العقل لا يصلح دلالة على التكذيب فلا يصح اقراره وأما البلوغ فهل هو شرط اختلف فيه قال أبو حنيفة ومحمد رضى الله عنهما ليس بشرط فتصح ردة الصبى العاقل وقال أبو يوسف رحمه الله شرط حتى لا تصح ردته (وجه) قوله ان عقل الصبى فى التصرفات الضارة المحضة ملحق بالعدم ولهذا لم يصح طلاقه واعتاقه وتبرعاته والردة مضرة محضة فاما الايمان فنفع محض لذلك صح ايمانه ولم تصح ردته (وجه) قولهما انه صح ايمانه فتصح ردته وهذا لان صحة الايمان والردة مبنية على وجود الايمان والردة حقيقة لان الايمان والكفر من الافعال الحقيقية وهما أفعال خارجة القلب بمنزلة أفعال سائر الجوارح والاقرار الصادر عن عقل دليل وجودهما وقد وجد ههنا الا انه مع وجودهما منه حقيقة لا يقتل ولكن يحبس لما نذكر ان شاء الله تعالى والقتل ليس من لوازم الردة عندنا فان المرتدة لا تقتل بلا خلاف بين أصحابنا والردة موجودة واما الذكورة فليست بشرط فتصح ردة المرأة عندنا لكنها لا تقتل بل تجبر على الاسلام وعند الشافعى رحمه الله تقتل وستأتى المسألة فى موضعها ان شاء الله تعالى ومنها الطوع فلا تصح ردة المكره على الردة استحسانا اذا كان قلبه مطمئناً بالايمان والقياس ان تصح فى أحكام الدنيا وسنذكر وجه القياس والاستحسان فى كتاب الاكراه ان شاء الله تعالى وأما حكم الردة فنقول وبالله تعالى التوفيق ان للردة أحكاما كثيرة بعضها يرجع الى نفس المرتد وبعضها يرجع الى ملكه وبعضها يرجع الى تصرفاته وبعضها يرجع الى ولده أما الذى يرجع الى نفسه فانواع منها اباحة دمه اذا كان رجلا حراً كان أو عبدا لسقوط عصمته بالردة قال النبي صلى الله عليه وسلم من بدل دينه فاقتلوه وكذا العرب لما ارتدت بعد وفاة رسول الله صلى الله عليه وسلم أجمعت الصحابة رضى الله عنهم على قتلهم ومنها انه يستحب أن يستتاب ويعرض عليه الاسلام لاحتمال ان يسلم لكن لا يجب لان الدعوة قد بلغته فان أسلم فمرحباً واهلا بالاسلام وان أبى نظر الامام فى ذلك فان طمع فى توبته أوسأل هو التأجيل أجله ثلاثة أيام وان لم يطمع فى توبته ولم يسأل هو التأجيل قتله من ساعته والاصل فيه ما روى عن سيدنا عمر رضى الله عنه انه قدم عليه رجل من جيش المسلمين فقال هل عندكم من مغربة خبر قال نعم رجل كفر بالله تعالى بعد اسلامه فقال سيدنا عمر رضى الله عنه ماذا

فعلتم به قال قربناه فضربنا عنقه فقال سيدنا عمر رضى الله عنه هلا طينتم عليه بيتا ثلاثا وأطعمتموه كل يوم رغيفا واستتبتموه لعله يتوب ويرجع الى الله سبحانه وتعالى اللهم انى لم أحضر ولم آمر ولم أرض اذ بلغنى وهكذا روى عن سيدنا على كرم الله وجهه انه قال يستتاب المرتد ثلاثا وتلى هذه الآية ان الذين آمنوا ثم كفروا ثم آمنوا ثم كفروا ثم ازدادوا كفرا ولان من الجائز انه عرضت له شبهة حملته على الردة فيؤجل ثلاثا لعلها تنكشف فى هذه المدة فكانت الاستتابة ثلاثا وسيلة الى الاسلام عسى فندب اليها فان قتله انسان قبل الاستتابة يكره له ذلك ولا شئ عليه لزوال عصمته بالردة وتوبته ان يأتى بالشهادتين ويبرأ عن الدين الذى انتقل اليه فان تاب ثم ارتد ثانيا فحكمه فى المرة الثانية كحكمه فى المرة الاولى انه ان تاب فى المرة الثانية قبلت توبته وكذا فى المرة الثالثة والرابعة لوجود الايمان ظاهرا فى كل كرة لوجود ركنه وهو اقرار العاقل وقال الله تبارك وتعالى ان الذين آمنوا ثم كفروا ثم آمنوا ثم كفروا فقد أثبت سبحانه وتعالى الايمان بعد وجود الردة منه والايمان بعد وجود الردة لا يحتمل الرد الا انه اذا تاب فى المرة الرابعة يضربه الامام ويخلى سبيله وروى عن أبى حنيفة رضى الله عنه انه اذا تاب فى المرة الثالثة حبسه الامام ولم يخرجه من السجن حتى يرى عليه أثر خشوع التوبة والاخلاص وأما المرأة فلا يباح دمها اذا ارتدت ولا تقتل عندنا ولكنها تجبر على الاسلام واجبارها على الاسلام ان تحبس وتخرج فى كل يوم فتستتاب ويعرض عليها الاسلام فان أسلمت والا حبست ثانيا هكذا الى أن تسلم أو تموت وذكر الكرخى رحمه الله وزاد عليه تضرب أسواطا فى كل مرة تعزيرا لها على مافعلت وعند الشافعى رحمه الله تقتل لعموم قوله عليه الصلاة والسلام من بدل دينه فاقتلوه ولان علة إباحة الدم هو الكفر بعد الايمان ولهذا اقتل الرجل وقد وجد منها ذلك بخلاف الحربية وهذا لان الكفر بعد الايمان أغلظ من الكفر الاصلى لان هذا رجوع بعد القبول والوقوف على محاسن الاسلام وحججه وذلك امتناع من القبول بعد التمكن من الوقوف دون حقيقة الوقوف فلا يستقيم الاستدلال (ولنا) ماروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا تقتلوا امرأة ولا وليدا ولان القتل انما شرع وسيلة الى الاسلام بالدعوة اليه باعلى الطريقين عند وقوع اليأس عن اجابتها بادناهما وهو دعوة اللسان بالاستتابة باظهار محاسن الاسلام والنساء اتباع الرجال فى اجابة هذه الدعوة فى العادة فانهن فى العادات الجارية يسلمن باسلام أزواجهن على ماروى ان رجلا أسلم وكانت تحته خمس نسوة فاسلمن معه واذا كان كذلك فلا يقع شرع القتل فى حقها وسيلة الى الاسلام فلا يفيد ولهذا لم تقتل الحربية بخلاف الرجل فان الرجل لا يتبع رأى غيره خصوصا فى أمر الدين بل يتبع رأى نفسه فكان رجاء الاسلام منه ثابتا فكان شرع القتل مفيدا فهو الفرق والحديث محمول على المذكور عملا بالدلائل صيانة لها عن التناقض وكذلك الامة اذا ارتدت لا تقتل عندنا وتجبر على الاسلام ولكن يجبرها مولاها ان احتاج الى خدمتها ويحبسها فى بيته لان ملك المولى فيها بعد الردة قائم وهى مجبورة على الاسلام شرعا فكان الرفع الى المولى رعاية للحقين ولا يطؤها لان المرتدة لا تحل لاحد وكذلك الصبى العاقل لا يقتل وان صحت ردته عند أبى حنيفة ومحمد رضى الله عنهما لان قتل البالغ بعد الاستتابة والدعوة الى الاسلام باللسان واظهار حججه وايضاح دلائله لظهور العناد ووقوع اليأس عن فلاحه وهذا لا يتحقق من الصبى فكان الاسلام منه مرجوا والرجوع الى الدين الحق منه مأمولا فلا يقتل ولكن يجبر على الاسلام بالحبس لان الحبس يكفيه وسيلة الى الاسلام وعلى هذا صبى أبواه مسلمان حتى حكم باسلامه تبعا لابويه فبلغ كافرا ولم يسمع منه اقرار باللسان بعد البلوغ لا يقتل لانعدام الردة منه اذ هى اسم للتكذيب بعد سابقة التصديق ولم يوجد منه التصديق بعد البلوغ أصلا لانعدام دليله وهو الاقرار حتى لو أقر بالاسلام ثم ارتد يقتل لوجود الردة منه بوجود دليلها وهو الاقرار فلم يكن الموجود منه ردة حقيقة فلا يقتل ولكنه يحبس لانه كان له حكم الاسلام قبل البلوغ ألا ترى انه حكم باسلامه بطريق التبعية والحكم فى اكسابه كالحكم فى اكساب المرتد لانه مرتد حكما وسنذكر الكلام فى اكساب المرتد فى موضعه ان شاء الله تعالى ومنها حرمة الاسترقاق

فان المرتد لا يسترق وان لحق بدار الحرب لانه لم يشرع فيه الا الاسلام أو السيف لقوله سبحانه وتعالى تقاتلونهم أو يسلمون وكذا الصحابة رضى الله عنهم أجمعوا عليه فى زمن سيدنا أبى بكر رضى الله عنه ولان استرقاق الكافر للتوسل الى الاسلام واسترقاقه لا يقع وسيلة الى الاسلام على ما مر من قبل ولهذا لم يجز ابقاؤه على الجزية بخلاف المرتدة اذا لحقت بدار الحرب انها تسترق لانه لم يشرع قتلها ولا يجوز ابقاء الكافر على الكفر الا مع الجزية أو مع الرق ولا جزية على النسوان فكان ابقاؤها على الكفر مع الرق أنفع للمسلمين من ابقائها من غير شئ وكذا الصحابة رضى الله عنهم استرقوا نساء من ارتد من العرب وصبيانهم حتى قيل ان أم محمد ابن الحنفية وهى خولة بنت اياس كانت من سبى بنى حنيفة ومنها حرمة أخذ الجزية فلا تؤخذ الجزية من المرتد لما ذكرنا ومنها ان العاقلة لا تعقل جنايته لما ذكرنا من قبل ان موجب الجناية على الجانى وانما العاقلة تتحمل عنه بطريق التعاون والمرتد لا يعاون ومنها الفرقة اذا ارتد أحد الزوجين ثم ان كانت الردة من المرأة كانت فرقة بغير طلاق بالاتفاق وان كانت من الرجل ففيه خلاف مذكور فى كتاب النكاح ولا ترتفع هذه الفرقة بالاسلام ولو ارتد الزوجان معا أو أسلما معا فهما على نكاحهما عندنا وعند زفر رحمه الله فسد النكاح ولو أسلم أحدهما قبل الآخر فسد النكاح بالاجماع وهى من مسائل كتاب النكاح ومنها انه لا يجوز انكاحه لانه لا ولاية له ومنها حرمة ذبيحته لانه لا ملة له لما ذكرنا ومنها انه لا يرث من أحد لانعدام الملة والولاية ومنها انه تحبط أعماله لكن بنفس الردة عندنا وعند الشافعى رحمه الله بشريطة الموت عليها وهى مسألة كتاب الصلاة ومنها انه لا يجب عليه شئ من العبادات عندنا لان الكفار غير مخاطبين بشرائع هى عبادات عندنا وعند الشافعى رحمه الله يجب عليه وهى من مسائل أصول الفقه وأما الذى يرجع الى ماله فثلاثة أنواع حكم الملك وحكم الميراث وحكم الدين أما الاول فنقول لا خلاف فى أنه اذا أسلم تكون أمواله على حكم ملكه ولا خلاف أيضا فى أنه اذا مات أو قتل أو لحق بدار الحرب تزول أمواله عن ملكه واختلف فى أنه تزول بهذه الاسباب مقصورا على الحال أم بالردة من حين وجودها على التوقف فعند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله ملك المرتد لا يزول عن ماله بالردة وانما يزول بالموت أو القتل أو باللحاق بدار الحرب وعند أبى حنيفة رضى الله عنه الملك فى أمواله موقوف على ما يظهر من حاله وعلى هذا الاصل بنى حكم تصرفات المرتد انها جائزة عندهما كما تجوز من المسلم حتى لو أعتق أو دبر أو كاتب أو باع أو اشترى أو وهب نفذ ذلك كله وعنده تصرفاته موقوفة لوقوف أملاكه فان أسلم جاز كله وان مات أو قتل أو لحق بدار الحرب بطل كله (وجه) قولهما ان الملك كان ثابتا له حالة الاسلام لوجود سبب الملك وأهليته وهى الحرية والردة لا تؤثر فى شئ من ذلك ثم اختلفا فيما بينهما فى كيفية الجواز فقال أبو يوسف رحمه الله جوازها جواز تصرف الصحيح وقال محمد رحمه الله جواز تصرفات المريض مرض الموت (وجه) قول محمد رحمه الله ان المرتد على شرف التلف لانه يقتل فاشبه المريض مرض الموت وجه قول أبى يوسف ان اختيار الاسلام بيده فيمكنه الرجوع الى الاسلام فيخلص عن القتل والمريض لا يمكنه دفع المرض عن نفسه فانى تتشابهان (وجه) قول أبى حنيفة رحمه الله انه وجد سبب زوال الملك وهو الردة لانها سبب لوجوب القتل والقتل سبب لحصول الموت فكان زوال الملك عند الموت مضافا الى السبب السابق وهو الردة ولا يمكنه اللحاق بدار الحرب بامواله لانه لا يمكن من ذلك بل يقتل فيبقى ماله فاضلا عن حاجته فكان ينبغى ان يحكم بزوال ملكه للحال الا انا توقفنا فيه لاحتمال العود الى الاسلام لانه اذا عاد ترتفع الردة من الاصل ويجعل كان لم يكن فكان التوقف فى الزوال للحال لاشتباه العاقبة فان أسلم تبين ان الردة لم تكن سببا لزوال الملك لارتفاعها من الاصل فتبين ان تصرفه صادف محله فيصح وان قتل أو مات أو لحق بدار الحرب تبين انها وقعت سببا للزوال من حين وجودها فتبين ان الملك كان زائلا من حين وجود الردة لان الحكم لا يتخلف عن سببه فلم يصادف التصرف محله فبطل فاما قبل ذلك كان ملكه موقوفا فكانت تصرفاته المبنية عليه موقوفة ضرورة وأجمعوا على انه يصح استيلاده حتى انه لو استولد امته فادعى ولدها انه يثبت

النسب وتصيير الجارية أم ولد له أما عندهما فلان المحل مملوك له ملكا تاما (وأما) عند أبى حنيفة رحمه الله فلأن الملك الموقوف لا يكون أدنى حالا من حق الملك ثم حق الملك يكفى لصحة الاستيلاد فهذا أولى وأجمعوا على انه يصح طلاقه وتسليمه الشفعة لان الردة لا تؤثر فى ملك النكاح والثابت للشفيع حق لا يحتمل الارث ومعاوضته موقوفة بالاجماع لانها مبنية على المساواة (وأما) المرتدة فلا يزول ملكها عن أموالها بلا خلاف فتجوز تصرفاتها فى مالها بالاجماع لانها لا تقتل فلم تكن ردتها سببا لزوال ملكها عن أموالها بلا خلاف فتجوز تصرفاتها واذا عرف حكم ملك المرتد وحال تصرفاته المبنية عليه فحال المرتد لا يخلو من ان يسلم أو يموت أو يقتل أو يلحق بدار الحرب فان أسلم فقد عاد على حكم ملكه القديم لان الردة ارتفعت من الاصل حكما وجعلت كأن لم تكن أصلا وان مات أو قتل صار ماله لورثته وعتق أمهات أولاده ومدبروه ومكاتبوه اذا أدى الى ورثته وتحل الديون التى عليه وتقضى عنه لان هذه أحكام الموت وكذلك اذا لحق بدار الحرب مرتدا وقضى القاضى بلحاقه لان اللحاق بدار الحرب بمنزلة الموت فى حق زوال ملكه عن أمواله المتروكة فى دار الاسلام لان زوال الملك عن المال بالموت حقيقة لكونه مالا فاضلا عن حاجته لانتهاء حاجته بالموت وعجزه عن الانتفاع به وقد وجد هذا المعنى فى اللحاق لان المال الذى فى دار الاسلام خرج من ان يكون منتفعا به فى حقه لعجزه عن الانتفاع به فكان فى حكم المال الفاضل عن حاجته لعجزه عن قضاء حاجته به فكان اللحاق بمنزلة الموت فى كونه مزيلا للملك فاذا قضى القاضى باللحاق يحكم بعتق أمهات أولاده ومدبريه ويقسم ماله بين ورثته وتحل ديونه المؤجلة لان هذه أحكام متعلقة بالموت وقد وجد معنى وأما المكاتب فيؤدى الى ورثته فيعتق واذا عتق فولاؤه للمرتد لانه المعتق ولو لحق بدار الحرب ثم عاد الى دار الاسلام مسلما فهذا لا يخلو من أحد وجهين أحدهما ان يعود قبل قضاء القاضى بلحاقه بدار الحرب والثانى ان يعود بعد ذلك فان عاد قبل ان يقضى القاضى بلحاقه عاد على حكم أملاكه فى المدبرين وأمهات الاولاد وغير ذلك لما ذكرنا ان هذه الاحكام متعلقة بالموت واللحوق بدار الحرب ليس بموت حقيقة لكنه يلحق بالموت اذا اتصل به قضاء القاضى باللحاق فاذا لم يتصل به لم يلحق فاذا عاد يعود على حكم ملكه وان عاد بعد ما قضى القاضى باللحاق فما وجد من ماله فى يد ورثته بحاله فهو أحق به لان ولده جعل خلفا له فى ماله فكان تصرفه فى ماله بطريق الخلافة له كأنه وكيله فله ان يأخذ ما وجده قائما على حاله وما زال ملك الوارث عنه بالبيع أو بالعتق فلا رجوع فيه لان تصرف الخلف كتصرف الاصل بمنزلة تصرف الوكيل وأما ما أعتق الحاكم من أمهات أولاده ومدبريه فلا سبيل عليهم لان الاعتاق مما لا يحتمل الفسخ وكذا المكاتب اذا كان أدى المال الى الورثة لا سبيل عليه أيضا لان المكاتب عتق باداء المال والعتق لا يحتمل الفسخ وما أدى الى الورثة ان كان قائما أخذه وان زال ملكهم عنه لا يجب عليهم ضمانه كسائر أمواله لما بينا وان كان لم يؤد بدل الكتابة بعد يؤخذ بدل الكتابة وان عجز عاد رقيقا له ولو رجع كافرا الى دار الاسلام وأخذ طائفة من ماله وأدخلها الى دار الحرب ثم ظهر المسلمون عليه فان رجع بعد ما قضى بلحاقه فالورثة أحق به وان وجدته قبل القسمة أخذته مجانا بلا عوض وان وجدته بعد القسمة أخذته بالقيمة فى ذوات القيم لانه اذا لحق وقضى بلحاقه فقد زال ملكه الى الورثة فهذا مال مسلم استولى عليه الكافر وأحرزه بدار الحرب ثم ظهر المسلمون على الدار فوجده المالك القديم فالحكم فيه ما ذكرنا وان رجع قبل الحكم باللحاق ففيه روايتان فى رواية هذا ورجوعه بعد الحكم باللحاق سواء وفى رواية انه يكون فيأ لا حق للورثة فيه أصلا والله سبحانه وتعالى أعلم ولو جنى المرتد جناية ثم لحق بدار الحرب ثم عاد الينا تائبا فما كان من حقوق العباد كالقتل والغصب والقذف يؤخذ به وما كان من حقوق الله تبارك وتعالى كالزنا والسرقة وشرب الخمر يسقط عنه لان اللحاق يلتحق بالموت فيورث شبهة فى سقوط ما يسقط بالشبهات ولو فعل شيأ من ذلك بعد اللحاق بدار الحرب ثم مات لم يؤخذ بشئ منه لان فعله لم ينعقد موجبا لصيرورته فى حكم أهل الحرب هذا الذى ذكرنا حكم ماله الذى خلفه فى دار الاسلام وأما الذى لحق به فى دار

الحرب فهو ملكه حتى لو ظهر المسلمون عليه يكون فيأ لان ملك الورثة لم يثبت فى المال المحمول الى دار الحرب فبقى على ملك المرتد وهو غير معصوم فكان محل التملك بالاستيلاء لسائر أموال أهل الحرب وأما حكم الميراث فنقول لا خلاف بين أصحابنا رضى الله عنهم فى ان المال الذى اكتسبه فى حالة الاسلام يكون ميراثا لورثته المسلمين اذا مات أو قتل أو لحق وقضى باللحاق وقال الشافعى رحمه الله هو فىء واحتج بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا يرث الكافر المسلم ولا المسلم الكافر نفى ان يرث المسلم الكافر ووارثه مسلم فيجب ان لا يرثه (ولنا) ماروى ان سيدنا عليا رضى الله عنه قتل المستورد العجلى بالردة وقسم ماله بين ورثته المسلمين وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضى الله عنهم ولم ينقل انه أنكر منكر عليه فيكون اجماعا من الصحابة رضى الله تعالى عنهم ولان الردة فى كونها سببا لزوال الملك كالموت على أصل أبى حنيفة رضى الله عنه على ماقررناه فاذا ارتد فهذا مسلم مات فيرثه المسلم فكان هذا ارث المسلم من المسلم لا من الكافر فقد قلنا بموجب الحديث بحمد الله تعالى وأما على أصلهما فالردة ان كانت لا توجب زوال الملك بمكن احتمال العود الى الاسلام ألا ترى انه يجبر على الاسلام فيبقى على حكم الاسلام فى حق حكم الارث وذلك جائز ألا ترى انه بقى على حكم الاسلام فى حق المنع من التصرف فى الخمر والخنزير فجاز ان يبقى عليه فى حق حكم الارث أيضا فلا يكون ارث المسلم من الكافر فيكون عملا بالحديث أيضا والله سبحانه وتعالى أعلم واختلفوا فى المال الذى اكتسبه فى حال الردة قال أبو حنيفة رضى الله عنه هو فىء وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله هو ميراث (وجه) قولهما ان كسب الردة ملكه لوجود سبب الملك من أهل الملك فى محل قابل ولا شك ان المرتد أهل الملك لان أهلية الملك بالحرية والردة لا تنافيها بل تنافى ماينافيها وهو الرق اذ المرتد لا يحتمل الاسترقاق واذا ثبت ملكه فيه احتمل الانتقال الى ورثته بالموت أو ماهو فى معنى الموت على مابينا (وجه) قول أبى حنيفة رحمه الله ماذكرنا ان الردة سبب لزوال الملك من حين وجودها بطريق الظهور على مابينا ولا وجود للشئ مع وجود سبب زواله فكان الكسب فى الردة مالا لا مالك له فلا يحتمل الارث فيوضع فى بيت مال المسلمين كاللقطة ثم اختلفوا فيما يورث من مال المرتد انه يعتبر حال الوارث وهى أهلية الوراثة وقت الردة أم وقت الموت أم من وقت الردة الى وقت الموت فعند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله تعتبر أهلية الوراثة وقت الموت لان ملك المرتد انما يزول عندهما بالموت فتعتبر الاهلية فى ذلك الوقت لا غير وعن أبى حنيفة رضى الله عنه روايتان فى رواية يعتبر وقت الردة لا غير حتى لو كان أهلا وقت الردة ورث وان زالت أهليته بعد ذلك وفى رواية يعتبر دوام الاهلية من وقت الردة الى وقت الموت (وجه) هذه الرواية ان الارث ثبت بطريق الاستناد لا بطريق الظهور لان الموت أمر لا بد منه للارث والقول بالارث بطريق الظهور ايجاب الارث قبل الموت ولا سبيل اليه فاذا وجد الموت يثبت الارث ثم يستند الى وقت وجود الردة وزوال الاهلية فيما بين الوقتين يمنع من الاستناد فيشترط دوام الاهلية من وقت الردة الى وقت الموت حتى لو كان بعض الورثة مسلما وقت الردة ثم ارتد عن الاسلام قبل موت المرتد لا يورث وكذا اذا مات قبل موته أو المرأة اذا انقضت عدتها قبل موته (وجه) الرواية الاولى ان الارث يتبع زوال الملك والملك زال بالردة من وقت وجودها فيثبت الارث فى ذلك الوقت بطريق الظهور وقوله هذا ايجاب الارث قبل الموت قلنا هذا ممنوع بل هذا ايجاب الارث بعد الموت لان الردة فى معنى الموت لانها تعمل عمل الموت فى زوال الملك على مابينا فكانت الردة موتا معنى وكذا اختلف أبو يوسف ومحمد رحمهما الله فيما اذا لحق بدار الحرب وقضى القاضى باللحاق انه تعتبر أهلية الوراثة وقت القضاء باللحاق أم وقت اللحاق فعند أبى يوسف رحمه الله وقت القضاء وعند محمد رحمه الله تعتبر وقت اللحاق (وجه) قول محمد ان وقت الارث وقت زوال الملك وملك المرتد انما يزول باللحاق لان به يعجز عن الانتفاع بماله المتروك فى دار الاسلام الا ان العجز قبل القضاء غير متقرر لاحتمال العود فاذا قضى تقرر العجز وصار العود بعده كالممتنع عادة فكان العامل فى زوال الملك هو اللحاق فتعتبر الاهلية وقتئذ (وجه) قول

أبي يوسف ان الملك لا يزول الا بالقضاء فكان المؤثر في الزوال هو القضاء وعلى هذا الاختلاف المرتدة اذ لحقت بدار الحرب لان المعنى لا يوجب الفصل ولو ارتد الزوجان معاً ثم جاءت بولد ثم قتل الاب على ردته فان جاءت به لاقل من ستة أشهر من حين الردة يرثه لانه علم ان العلوق حصل في حالة الاسلام قطعا وان جاءت به لستة أشهر فصاعداً من حين الردة لم يرثه لانه يحتمل انه علق في حالة الردة فلا يرث مع الشك ولو ارتد الزوج دون المرأة أو كانت له أم ولد مسلمة ورثه مع ورثته المسلمين وان جاءت به لاكثر من ستة أشهر لان الام مسلمة فكان الولد على حكم الاسلام تبعا لامه فيرث أباه ولو مات مسلم عن امرأته وهي حامل فارتدت ولحقت بدار الحرب فولدت هناك ثم ظهرنا على الدار فانه لا يسترق ويرث أباه لانه مسلم تبعا لابيه ولو لم تكن ولدته حتى سبيت ثم ولدته في دار الاسلام فهو مسلم مرقوق مسلم تبعا لابيه مرقوق تبعا لامه ولا يرث أباه لان الرق من أسباب الحرمان ولو تزوج المرتد مسلمة فولدت له غلاما أو وطئ أمة مسلمة فولدت له فهو مسلم تبعا للام ويرث أباه لثبوت النسب وان كانت الام كافرة لا يحكم باسلامه لانه لم يوجد اسلام أحد الابوين والله سبحانه وتعالى أعلم وأما حكم الدين فعند أبي يوسف ومحمد ديون المرتد في كسب الاسلام والردة جميعا لان كل ذلك عندهما ميراث وأما عند أبي حنيفة عليه الرحمة فقد ذكر أبو يوسف عنه انه في كسب الردة الا ان لا يفي به فيقضى الباقي من كسب الاسلام وروى الحسن رحمه الله عنه انه في كسب الاسلام الا ان لا يفي به فيقضى الباقي من كسب الردة وقال الحسن رحمه الله دين الاسلام في كسب الاسلام ودين الردة في كسب الردة وهو قول زفر رحمه الله والصحيح رواية الحسن لان دين الانسان يقضى من ماله لا من مال غيره وكذا دين الميت يقضى من ماله لا من مال وارثه لان قيام الدين يمنع زوال ملكه الى وارثه بقدر الدين لكون الدين مقدما على الارث فكان قضاء دين كل ميت من ماله لا من مال وارثه وماله كسب الاسلام فاما كسب الردة فمال جماعة المسلمين فلا يقضى منه الدين الا لضرورة فاذا لم يف به كسب الاسلام مست الضرورة فيقضى الباقي منه والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما حكم ولد المرتد فولد المرتد لا يخلو من ان يكون مولودا في الاسلام أو في الردة فان كان مولودا في الاسلام بان ولد للزوجين ولد وهما مسلمان ثم ارتد الا يحكم بردته ما دام في دار الاسلام لانه لما ولد وأبواه مسلمان فقد حكم باسلامه تبعا لابويه فلا يزول بردتهما لتحول التبعية الى الدار اذ الدار وان كانت لا تصلح لاثبات التبعية ابتداء عند استتباع الابوين تصلح للابقاء لانه أسهل من الابتداء فما دام في دار الاسلام يبقى على حكم الاسلام تبعا للدار ولو لحق المرتدان بهذا الولد بدار الحرب فكبر الولد وولد له ولد وكبر ثم ظهر عليهم أما حكم المرتد والمرتدة فمعلوم وقد ذكرنا ان المرتد لا يسترق ويقتل والمرتدة تسترق ولا تقتل وتجبر على اسلام بالحبس وأما حكم الاولاد فولد الاب يجبر على الاسلام ولا يقتل لانه كان مسلما باسلام أبويه تبعا لهما فلما بلغ كافرا فقد ارتد عنه والمرتد يجبر على الاسلام الا انه لا يقتل لان هذه ردة حكمية لا حقيقية لوجود الايمان حكما بطريق التبعية لا حقيقة فيجبر على الاسلام لكن بالحبس لا بالسيف اثباتا للحكم على قدر العلة ولا يجبر ولد ولده على الاسلام لان ولد الولد لا يتبع الجد في الاسلام اذ لو كان لذلك لكان الكفار كلهم مرتدين لكونهم من أولاد آدم ونوح عليهما الصلاة والسلام فينبغي ان تجرى عليهم أحكام أهل الردة وليس كذلك بالاجماع وان كان مولودا في الردة بان ارتد الزوجان ولا ولد لهما ثم حملت المرأة من زوجها بعد ردتها وهما مرتدان على حالهما فهذا الولد بمنزلة أبويه له حكم الردة حتى لو مات لا يصلى عليه لان المرتد لا يرث أحدا ولو لحقا بهذا الولد بدار الحرب فبلغ وولد له أولاد فبلغوا ثم ظهر على الدار وسبوا جميعا يجبر ولد الاب وولد ولده على الاسلام ولا يقتلون كذا ذكر محمد في كتاب السير وذكر في الجامع الصغير انه لا يجبر ولد ولده على الاسلام (وجه) ما ذكر في السير ان ولد الاب تبع لابويه فكان محكوما بردته تبعا لابويه وولد الولد تبع له فكان محكوما بردته تبعا له والمرتد يجبر على الاسلام الا انه لا يقتل لان هذه ردة حكمية فيجبر على الاسلام بالحبس لا بالقتل

(وجه) المذكور فى الجامع ان هذا الولد انما صار محكوما بردته تبعا لابيه والتبع لا يستتبع غيره وأما حكم الاسترقاق فذكر فى السير انه يسترق الاناث والذكور الصغار من أولاده لان أمهم مرتدة وهى تحتمل الاسترقاق والولد كما تبع الام فى الرق يتبعها فى احتمال الاسترقاق وأما الكبار فلا يسترقون لانقطاع التبعية بالبلوغ ويجبرون على الاسلام وذكر فى الجامع الصغير الولدان فىء أما الاول فلان أمه مرتدة وأما الآخر فلانه كافر أصلى لان تبعية الابوين فى الردة قد انقطعت بالبلوغ وهو كافر فكان كافرا أصليا فاحتمل الاسترقاق ولو ارتدت امرأة وهى حامل ولحقت بدار الحرب ثم سبيت وهى حامل كان ولدها فيئا لان السبى لحقه وهو فى حكم جزء الام فلا يبطل بالانفصال من الام والذمى الذى نقض العهد ولحق بدار الحرب بمنزلة المرتد فى سائر الاحكام من الارث والحكم بعتق أمهات الاولاد والمدبرين ونحو ذلك لان المعنى الذى يوجب لحاقه اللحاق بالموت فى الاحكام التى ذكرنا لا يفصل الا انهما يفترقان من وجه وهو ان الذمى يسترق والمرتد لا يسترق ووجه الفرق ان شرع الاسترقاق للتوسل الى الاسلام واسترقاق المرتد لا يقع وسيلة الى الاسلام لما ذكرنا انه رجع بعد ما ذاق طعم الاسلام وعرف محاسنه فلا يرجى فلاحه بخلاف الذمى والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان أحكام البغاة فالكلام فيه فى مواضع فى تفسير البغاة وفى بيان ما يلزم امام أهل العدل عند خروجهم عليه وفى بيان ما يصنع بهم وبأموالهم عند الظفر بهم والاستيلاء على أموالهم وفى بيان من يجوز قتله منهم ومن لا يجوز وفى بيان حكم اصابة الدماء والاموال من الطائفتين وفى بيان ما يصنع بقتلى الطائفتين وفى بيان حكم قضايا هم أما تفسير البغاة فالبغاة هم الخوارج وهم قوم من رأيهم ان كل ذنب كفر كبيرة كانت أو صغيرة يخرجون على امام أهل العدل ويستحلون القتال والدماء والاموال بهذا التأويل ولهم منعة وقوة وأما بيان ما يلزم امام العدل عند خروجهم فنقول وبالله التوفيق ان علم الامام ان الخوارج يشهرون السلاح ويتأهبون للقتال فينبغى له ان يأخذهم ويحبسهم حتى يقلعوا عن ذلك ويحدثوا توبة لانه لو تركهم لسعوا فى الارض بالفساد فيأخذهم على أيديهم ولا يبدؤهم الامام بالقتال حتى يبدؤه لان قتالهم لدفع شرهم لا لشر شركهم لانهم مسلمون فما لم يتوجه الشر منهم لا يقاتلهم وان لم يعلم الامام بذلك حتى تعسكروا وتأهبوا للقتال فينبغى له ان يدعوهم الى العدل والرجوع الى رأى الجماعة أولا لرجاء الاجابة وقبول الدعوة كما فى حق أهل الحرب وكذا روى ان سيدنا عليا رضى الله عنه لما خرج عليه أهل حروراء ندب اليهم عبد الله بن عباس رضى الله عنهما ليدعوهم الى العدل فدعاهم وناظرهم فان أجابوا كف عنهم وان أبوا قاتلهم لقوله تعالى فان بغت إحداهما على الاخرى فقاتلوا التى تبغى حتى تفىء الى أمر الله وكذا قاتل سيدنا على رضى الله عنه أهل حروراء بالنهروان بحضرة الصحابة رضى الله عنهم تصديقا لقوله عليه الصلاة والسلام لسيدنا على انك تقاتل على التأويل كما تقاتل على التنزيل والقتال على التأويل هو القتال مع الخوارج ودل الحديث على امامة سيدنا على رضى الله عنه لان النبى عليه الصلاة والسلام شبه قتال سيدنا على رضى الله عنه على التأويل بقتاله على التنزيل وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم فى قتاله بالتنزيل فلزم ان يكون سيدنا على محقا فى قتاله بالتأويل فلو لم يكن امام حق لما كان محقا فى قتاله اياهم ولانهم ساعون فى الارض بالفساد فيقتلون دفعا للفساد على وجه الارض وان قاتلهم قبل الدعوة لا بأس بذلك لان الدعوة قد بلغتهم لكونهم فى دار الاسلام ومن المسلمين أيضا ويجب على كل من دعاه الامام الى قتالهم ان يجيبه الى ذلك ولا يسعه التخلف اذا كان عنده غنا وقدرة لان طاعة الامام فيما ليس بمعصية فرض فكيف فيما هو طاعة والله سبحانه وتعالى الموفق وما روى عن أبى حنيفة رضى الله عنه انه اذا وقعت الفتنة بين المسلمين فينبغى للرجل ان يعتزل الفتنة ويلزم بيته محمول على وقت خاص وهو ان لا يكون امام يدعوه الى القتال وأما اذا كان فدعاه يفترض عليه الاجابة لما ذكرنا وأما بيان ما يصنع بهم وبأموالهم عند الظفر بهم والاستيلاء على أموالهم فنقول الامام اذا قاتل أهل البغى فهزمهم وولوا مدبرين فان كانت لهم فئة ينحازون اليها فينبغى لاهل العدل ان يقتلوا مدبرهم ويجهزوا على

جريحهم لئلا يتحيزوا الى الفئة فيمتنعوا بها فيكروا على أهل العدل وأما أسيرهم فان شاء الامام قتله استئصالا لشأفتهم وان شاء حبسه لاندفاع شره بالاسر والحبس وان لم يكن لهم فئة يتحيزون اليها لم يتبع مدبرهم ولم يجهز على جريحهم ولم يقتل أسيرهم لوقوع الامن عن شرهم عند انعدام الفئة (وأما) أموالهم التى ظهر أهل العدل عليها فلا بأس بان يستعينوا بكراعهم وسلاحهم على قتالهم كسراً لشوكتهم فاذا استغنوا عنها أمسكها الامام لهم لان أموالهم لا تحتمل التملك بالاستيلاء لكونهم مسلمين ولكن يحبسها عنهم الى ان يزول بغيهم فاذا زال ردها عليهم وكذا ماسوى الكراع والسلاح من الامتعة لا ينتفع به ولكن تمسك و يحبس عنهم الى ان يزول بغيهم فيدفع اليهم لما قلنا و يقاتل أهل البغى بالمنجنيق والحرق والغرق وغير ذلك مما يقاتل به أهل الحرب لان قتالهم لدفع شرهم وكسر شوكتهم فيقاتلون بكل ما يحصل به ذلك وللامام ان يوادعهم لينظر في أمورهم ولكن لا يجوز ان يأخذوا على ذلك مالا لما ذكرنا من قبل (وأما) بيان من يجوز قتله منهم ومن لا يجوز فكل من لا يجوز قتله من أهل الحرب من الصبيان والنسوان والاشياخ والعميان لا يجوز قتله من أهل البغى لان قتلهم لدفع شر قتالهم فيختص باهل القتال وهؤلاء ليسوا من أهل القتال فلا يقتلون الا اذا قاتلوا فيباح قتلهم فى حال القتال و بعد الفراغ من القتال الا الصبيان والمجانين على ما ذكرنا فى حكم أهل الحرب والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) العبد المأسور من أهل البغى فان كان قاتل مع مولاه يجوز قتله وان كان يخدم مولاه لا يجوز قتله ولكن يحبس حتى يزول بغيهم فيرد عليهم (وأما) الكراع فلا يمسك ولكنه يباع و يحبس ثمنه لمالكه لان ذلك أنفع له ولا يجوز للعادل أن يبتدئ بقتل ذى رحم محرم منه من أهل البغى مباشرة واذا أراد هو قتله له أن يدفعه وان كان لا يندفع الا بالقتل فيجوز له أن يتسبب ليقتله غيره بأن يعقر دابته ليترجل فيقتله غيره بخلاف أهل الحرب فانه يجوز قتل سائر ذوى الرحم المحرم منه مباشرة وتسببا ابتداء الا الوالدين (ووجه) الفرق ان الشرك فى الاصل مبيح لعموم قوله تبارك وتعالى اقتلوا المشركين حيث وجدتموهم الا أنه خص منه الابوان بنص خاص حيث قال الله تبارك وتعالى وصاحبهما فى الدنيا معروفا فبقى غيرهما على عموم النص بخلاف أهل البغى لان الاسلام فى الاصل عاصم لقوله عليه الصلاة والسلام فاذا قالوها عصموا منى دماءهم وأموالهم والباغى مسلم الا أنه أبيح قتل غير ذى الرحم المحرم من أهل البغى دفعاً لشرهم لا لشوكتهم ودفع الشر يحصل بالدفع والتسبيب ليقتله غيره فبقيت العصمة عما وراء ذلك بالدليل العاصم (وأما) بيان حكم اصابة الدماء والاموال من الطائفتين فنقول لا خلاف فى أن العادل اذا أصاب من أهل البغى من دم أو جراحة أو مال استهلكه انه لا ضمان عليه (وأما) الباغى اذا أصاب شيأ من ذلك من أهل العدل فقد اختلفوا فيه قال أصحابنا ان ذلك موضوع وقال الشافعى رحمه الله انه مضمون (وجه) قوله ان الباغى جان فيستوى فى حقه وجود المنعة وعدمها لان الجانى يستحق التغليظ دون التخفيف (ولنا) ما روى عن الزهرى أنه قال وقعت الفتنة وأصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم متوافرون فاتفقوا ان كل دم استحل بتأويل القرآن فهو موضوع وكل مال استحل بتأويل القرآن فهو موضوع وكل فرج استحل بتأويل القرآن فهو موضوع ومثله لا يكذب فانعقد الاجماع من الصحابة رضى الله عنهم على ما قلنا وانه حجة قاطعة والمعنى فى المسئلة ما نبه عليه الصحابة رضى الله عنهم وهو ان لهم فى الاستحلال تأويلا فى الجملة وان كان فاسداً لكن لهم منعة والتأويل الفاسد عند قيام المنعة يكفى لرفع الضمان كتأويل أهل الحرب ولان الولاية من الجانبين منقطعة لوجود المنعة فلم يكن الوجوب مفيداً لتعذر الاستيفاء فلم يجب ولو فعلوا شيأ من ذلك قبل الخروج وظهور المنعة أو بعد الانهزام وتفرق الجمع يؤخذون به لان المنعة اذا انعدمت الولاية و بقى مجرد تأويل فاسد فلا يعتبر فى دفع الضمان ولو قتل تاجر من أهل العدل تاجراً آخر من أهل العدل فى عسكر أهل البغى أو قتل الاسير من أهل العدل أسيراً آخر أو قطع ثم ظهر عليه فلا قصاص عليه لان الفعل لم يقع موجباً لتعذر الاستيفاء وانعدام الولاية كما لو قطع فى دار الحرب لان عسكر أهل البغى فى حق انقطاع الولاية

ودار الحرب سواء والله عز وجل أعلم ثم لا خلاف فى أن العادل اذا قتل باغيا لا يحرم الميراث لانه لم يوجد قتل نفس بغير حق لسقوط عصمة نفسه وأما الباغى اذا قتل العادل يحرم الميراث عند أبى يوسف وعند أبى حنيفة ومحمد ان قال قتلته وكنت على حق وأنا الآن على حق لا يحرم الميراث وان قال قتلته وأنا أعلم انى على باطل يحرم (وجه) قول أبى يوسف ان تأويله فاسد الا أنه ألحق بالصحيح عند وجود المنعة فى حق الدفع لا فى حق الاستحقاق فلا يعتبر فى حق استحقاق الميراث (وجه) قولهما انا نعتبر تأويله فى حق الدفع والاستحقاق لان سبب استحقاق الميراث هو القرابة وانها موجودة الا أن قتل نفس بغير حق سبب الحرمان فاذا قتله على تأويل الاستحلال والمنعة موجودة اعتبرناه فى حق الدفع وهو دفع الحرمان فأشبه الضمان الا أنه اذا قال قتلته وأنا أعلم انى على باطل يحرم الميراث لان التأويل الفاسد انما يلحق بالصحيح اذا كان مصراً عليه فاذا لم يصر فلا تأويل له فلا يندفع عنه الضمان والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) بيان ما يصنع بقتلى الطائفتين فنقول وبالله تعالى التوفيق (أما) قتلى أهل العدل فيصنع بهم ما يصنع بسائر الشهداء لا يغسلون ويدفنون فى ثيابهم ولا ينزع عنهم الا ما لا يصلح كفنا ويصلى عليهم لانهم شهداء لكونهم مقتولين ظلما وقد روى ان زيد بن صرحان اليمنى كان يوم الجمل تحت راية سيدنا على رضى الله عنهما فأوصى فى رمقه لا تنزعوا عنى ثوبا ولا تغسلوا عنى دما وارمسونى فى التراب رمساً فانى رجل محاج أحاج يوم القيامة (وأما) قتلى أهل البغى فلا يصلى عليهم لانه روى ان سيدنا عليا رضى الله عنه ما صلى على أهل حروراء ولكنهم يغسلون ويكفنون ويدفنون لان ذلك من سنة موتى بنى سيدنا آدم على الصلاة والسلام ويكره أن تؤخذ رؤسهم وتبعث الى الآفاق وكذلك رؤس أهل الحرب لان ذلك من باب المثلة وانه منهى لقوله عليه الصلاة والسلام لا تمثلوا فيكره الا اذا كان فى ذلك وهن لهم فلا بأس به لما روى ان عبد الله بن مسعود رضى الله عنه جز رأس أبى جهل عليه اللعنة يوم بدر وجاء به الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان أبا جهل كان فرعون هذه الامة ولم ينكر عليه ويكره بيع السلاح من أهل البغى وفى عساكرهم لانه اعانة لهم على المعصية ولا يكره بيع ما يتخذ منه السلاح كالحديد ونحوه لانه لا يصير سلاحا الا بالعمل ونظيره انه يكره بيع المزامير ولا يكره بيع ما يتخذ منه المزمار وهو الخشب والقصب وكذا بيع الخمر باطل ولا يبطل بيع ما يتخذ منه وهو العنب كذا هذا والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) بيان حكم قضاياهم فنقول الخوارج اذا ولوا قاضياً فالامر لا يخلو من أحد وجهين اما ان ولوا رجلا من اهل البغى واما ان ولوا رجلا من أهل العدل فان ولوا رجلا من أهل البغى فقضى بقضايا ثم رفعت قضاياه الى قاضى أهل العدل لا ينفذها لانه لا يعلم كونها حقا لانهم يستحلون دماءنا وأموالنا فاحتمل انه قضى بما هو باطل على رأى الجماعة فلا يجوز له تنفيذه مع الاحتمال ولو كتب قاضى أهل البغى الى قاضى أهل العدل بكتاب فان علم انه قضى بشهادة أهل العدل أنفذه لانه تنفيذ الحق ظاهراً وان كان لا يعلم لا ينفذه لانه لا يعلم كونه حقا فلا يجوز تنفيذه لقوله تبارك وتعالى ولا تقف ما ليس لك به علم وان ولوا رجلا من أهل العدل فقضى فيما بينهم بقضايا ثم رفعت قضاياه الى قاضى أهل العدل نفذها لان التولية اياه قد صحت ولانه يقدر على تنفيذ القضايا بمنعتهم وقوتهم فصحت التولية والظاهر انه قضى على رأى أهل العدل فلا يملك ابطاله كما اذا رفعت قضايا قاضى أهل العدل الى بعض قضاة أهل العدل وما أخذوا من البلاد التى ظهروا عليها من الخراج والزكاة التى ولاية أخذها للامام لا يأخذه الامام ثانيا لان حق الاخذ للامام لمكان حمايته ولم توجد الا أنهم يفتون بان يعيدوا الزكاة استحسانا لان الظاهر انهم لا يصرفونها الى مصارفها فاما الخراج فمصرفه المقاتلة وهم يقاتلون أهل الحرب والله تعالى أعلم

كتاب الغصب

جمع محمد رحمه الله فى كتاب الغصب بين مسائل الغصب وبين مسائل الاتلاف وبدأ بمسائل الغصب فنبدأ بما بدأ به

فنقول و بالله التوفيق معرفة مسائل الغصب فى الاصل مبنية على معرفة حد الغصب وعلى معرفة حكم اختلاف الغاصب والمغصوب منه (أما) حد الغصب فقد اختلف العلماء فيه قال أبو حنيفة وأبو يوسف رضى الله عنهما هو ازالة يد المالك عن ماله المتقوم على سبيل المجاهرة والمغالبة بفعل فى المال وقال محمد رحمه الله الفعل فى المال ليس بشرط لكونه غصبا وقال الشافعى رحمه الله هو اثبات اليد على مال الغير بغير اذنه والازالة ليست بشرط (أما) الكلام مع الشافعى رحمه الله فهو احتج لتمهيد أصله بقوله سبحانه وتعالى وكان وراءهم ملك يأخذ كل سفينة غصبا جعل الغصب مصدر الاخذ فدل ان الغصب والاخذ واحد والاخذ اثبات اليد الا ان الاثبات اذا كان باذن المالك يسمى ايداعا واعارة وابضاعا فى عرف الشرع واذا كان بغير اذن المالك يسمى فى متعارف الشرع غصبا ولان الغصب انما جعل سببا لوجوب الضمان بوصف كونه تعديا فاذا وقع الاثبات بغير اذن المالك وقع تعديا فيكون سببا لوجوب الضمان بوصف كونه تعديا والدليل عليه ان غاصب الغاصب ضامن وان لم يوجد منه ازالة يد المالك لزوالها بغصب الغاصب الاول وازالة الزائل محال والله سبحانه وتعالى أعلم (ولنا) الاستدلال بضمان الغصب من وجهين أحدهما ان المالك استحق ازالة يد الغاصب عن الضمان فلا بد وأن يكون الغصب منه ازالة يد المالك لان الله تبارك وتعالى لم يشرع الاعتداء الا بالمثل بقوله سبحانه وتعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم والثانى ان ضمان الغصب لا يخلو إما أن يكون ضمان زجر واما ان يكون ضمان جبر ولا سبيل الى الاول لانه يجب على من ليس من أهل الزجر ولان الانزجار لا يحصل به فدل انه ضمان جبر والجبر يستدعى الفوات فدل انه لا بد من التفويت لتحقق الغصب ولا حجة له فى الآية لان الله تعالى فسر أخذ الملك تلك السفينة بغصبه اياها كأنه قال سبحانه وتعالى وكان وراءهم ملك يغصب كل سفينة وهذا لا يدل على ان كل أخذ غصب بل هى حجة عليه لان غصب ذلك الملك كان اثبات اليد على السفينة مع ازالة أيدى المساكين عنها فدل على ان الغصب اثبات على وجه يتضمن الازالة (وأما) قوله الغصب انما أوجب الضمان لكونه تعديا فمسلم لكن التعدى فى الازالة لا فى الاثبات لان وقوعه تعديا بوقوعه ضارا بالمالك وذلك باخراجه من أن يكون منتفعا به فى حق المالك واعجازه عن الانتفاع به وهو تفسير تفويت اليد وازالتها (فاما) مجرد الاثبات فلا ضرر فيه فلم يكن الاثبات تعديا وعلى هذا الاصل يخرج زوائد الغصب انها ليست بمضمونة سواء كانت منفصلة كالولد واللبن والثمرة أو متصلة كالسمن والجمال لانها لم تكن فى يد المالك وقت غصب الام فلم توجد ازالة يده عنها فلم يوجد الغصب وعند محمد مضمونة لان الغصب عنده اثبات اليد على مال الغير بغير اذن مالكه وقد وجد الغصب وهل تصير مضمونة عندنا بالبيع والتسليم والمنع أو الاستهلاك أو الاستخدام جبرا (أما) المنفصلة فلا خلاف بين أصحابنا رضى الله عنهم فى أنها تصير مضمونة بها (وأما) المتصلة فذكر فى الاصل انها تصير مضمونة بالبيع والتسليم ولم يذكر الخلاف وصورة المسئلة اذا غصب جارية قيمتها ألف درهم فازدادت فى بدنها خيرا حتى صارت قيمتها ألفى درهم فباعها وسلمها الى المشترى فهلكت فى يده فالمالك بالخيار ان شاء ضمن المشترى قيمتها ألفى درهم وان شاء ضمن البائع فان اختار تضمين المشترى ضمنه قيمتها يوم القبض ألفى درهم وان اختار تضمين البائع ضمنه بالبيع والتسليم قيمتها ألفى درهم أيضا كذا ذكر فى الاصل ولم يذكر الخلاف وحكى ابن سماعة عن محمد رحمهما الله الخلاف ان على قول أبى حنيفة رحمه الله ان شاء ضمن المشترى قيمتها يوم القبض ألفى درهم وان شاء ضمن الغاصب قيمتها يوم الغصب ألف درهم وليس له أن يضمنه زيادة بالبيع والتسليم وكذا ذكره الحاكم الشهيد فى المنتقى وحكى الخلاف وهكذا ذكر الطحاوى فى مختصره الا أنه ذكر الاستهلاك مطلقا فقال الا أن يستهلكها وفسره الجصاص فى شرح مختصر الطحاوى فقال الا أن يكون عبدا أو جارية فيقتل وهذا هو الصحيح ان المغصوب اذا كان عبدا أو جارية فقتله الغاصب خطأ يكون المالك بالخيار ان شاء ضمن الغاصب قيمته يوم الغصب وان شاء ضمن عاقلة القاتل قيمته وقت القتل زائدة فى ثلاث سنين (وجه) قولهما ان البيع والتسليم غصب لانه تفويت امكان الاخذ لان المالك

كان متمكنا من أخذه منه قبل البيع والتسليم و بعد البيع والتسليم لم يبق متمكنا وتفويت امكان الاخذ تفويت اليد معنى فكان غصبا موجبا للضمان وهذا لان تفويت يد المالك انما كان غصبا موجبا للضمان لكونه اخراج المال من أن يكون منتفعا به فى حق المالك واعجازه عن الانتفاع بماله وهذا يحصل بتفويت امكان الاخذ فيوجب الضمان ولهذا يجب الضمان على غاصب الغاصب ومودع الغاصب والمشترى من الغاصب كذا هذا ولابى حنيفة رضى الله عنه ان الاصل مضمون بالغصب الاول فلا يقع البيع والتسليم غصبا له لان غصب المغصوب لا يتصور والزيادة المتصلة لا يتصور افرادها بالغصب لتصير مغصوبة بالبيع والتسليم بخلاف الزيادة المنفصلة فان افرادها بالغصب بدون الاصل متصور فلم تكن مغصوبة بالغصب الاول لانعدامها فجاز أن تصير مغصوبة بالبيع والتسليم فهذا الفرق بين الزيادتين و بخلاف القتل لان قتل المغصوب متصور لان محل القتل غير محل الغصب فمحل القتل هو الحياة ومحل الغصب هو مالية العين فتحقق الغصب لا يمنع تحقق القتل الا أن المضمون واحد والمستحق للضمان واحد فيخير ولان الاصل مضمون بالغصب السابق لا شك فيه فيصير مملوكا للغاصب من ذلك الوقت بلا خلاف بين أصحابنا رحمهم الله (وأما) الزيادة المتصلة فالزيادة حدثت على ملك الغاصب لانها نماء ملكه فتكون ملكه فكان البيع والتسليم والمنع والاستخدام والاستهلاك فى غير بنى آدم تصرفا فى ملك نفسه فلا يكون مضمونا عليه كما لو تصرف فى سائر أملاكه بخلاف الزيادة المنفصلة لانا أثبتنا الملك بطريق الاستناد فالمستند يظهر من وجه و يقتصر على الحال من وجه فيعمل بشبهة الظهور فى الزوائد المتصلة و بشبه الاقتصار فى المنفصلة اذ لا يكون العمل به على العكس ليكون عملا بالشبهين بقدر الامكان (واما) على طريق الظهور المحض فتخريجهما مشكل والله تعالى الموفق بخلاف القتل لان العبد انما يضمن بالقتل من حيث انه آدمى لا من حيث انه مال والغاصب انما ملكه بالضمان من وقت الغصب من حيث انه مال لا من حيث انه آدمى لانه من حيث انه آدمى لا يحتمل التملك فلم يكن هو بالقتل متصرفا فى ملك نفسه لهذا افترقا والله سبحانه وتعالى أعلم ثم على أصلهما اذا اختار المالك تضمين البائع هل يثبت له الخيار بين أن يضمنه ألفى درهم وقت البيع و بين أن يضمنه ألف درهم وقت الغصب قال بعض مشايخنا يثبت وهذا غير سديد لان التخيير بين القليل والكثير عند اتحاد الذمة من باب السفه بخلاف التخيير بين البائع والمشترى عند أبى حنيفة رحمه الله لان هناك الذمة مختلفة فمن الجائز أن يكون أحدهما مليأ والآخر مفلسا فكان التخيير مفيدا أو بخلاف القتل لان ضمان القتل ضمان الدم وانه مؤجل الى ثلاث سنين وضمان الغصب ضمان المال وانه حال فكان التخيير مفيدا ثم اذا ضمن المالك الغاصب قيمة المغصوب وقت الغصب أو وقت البيع والتسليم جاز البيع لانه تبين انه باع ملك نفسه والثمن له لانه بدل ملكه وان ضمن المشترى قيمته وقت القبض بطل البيع ورجع المشترى بالثمن على البائع لانه تبين انه أخذه بغير حق وليس له ان يرجع على البائع بالضمان ولو غصب من انسان شيأ فجاء آخر وغصبه منه فهلك فى يده فالمالك بالخيار ان شاء ضمن الاول وان شاء ضمن الثانى أما تضمين الاول فلوجود فعل الغصب منه وهو تفويت يد المالك وأما تضمينه الثانى فلانه فوت يد الغاصب الاول و يده يد المالك من وجه لانه يحفظ ماله و يتمكن من رده على المالك و يستقر بهما الضمان فى ذمته فكانت منفعة يده عائدة الى المالك فاشبهت يد المودع وقد وجد من كل واحد منهما سبب وجوب الضمان الا أن المضمون واحد فخيرنا المالك لتعين المستحق فان اختار أن يضمن الاول رجع بالضمان على الثانى لانه ملك المغصوب من وقت غصبه فتبين ان الثانى غصب ملكه وان اختار تضمين الثانى لا يرجع على أحد لانه ضمن بفعل نفسه وهو تفويت يد المالك من وجه على ما بينا وكذلك ان استهلكه الغاصب الثانى ومتى اختار تضمين أحدهما هل يبرأ الآخر عن الضمان بنفس الاختيار ذكر فى الجامع انه يبرأ حتى لو أراد تضمينه بعد ذلك لم يكن له ذلك وروى ابن سماعة رحمه الله فى نوادره عن محمد أنه لا يبرأ ما لم يرض من اختار تضمينه أو يقضى به عليه (وجه) رواية النوادر ان عند وجود الرضا أو القضاء بالضمان صار المغصوب ملكا للذى ضمنه لانه باعه منه فلا يملك

الرجوع

الرجوع بعد تمليكه كما لو باعه من الاول فاما قبل وجود الرضا أو القضاء بالضمان صار المغصوب ملكا للذى ضمنه لانه باعه منه فلا يملك الرجوع بعد تمليكه كما لو باعه من الاول فأما قبل وجود الرضا أو القضاء فلم يوجد منه التمليك من أحدهما فله ان يملكه من أيهما شاء (وجه) رواية الجامع ماذكرنا انه باختياره تضمين الغاصب الآخر أظهر انه راض بأخذ الاول وانه بمنزلة المودع و باختيار تضمين الاول أظهر ان الثانى ما أتلف عليه شيأ لانه لم يفوت يده والله سبحانه وتعالى أعلم ولو باع الغاصب المغصوب من الثانى فهلك فى يده يتخير المالك فيضمن أيهما شاء فان ضمن الغاصب جاز بيعه والثمن له لماذكرنا وان ضمن المشترى بطل البيع ولا يرجع بالضمان على البائع ولكنه يرجع بالثمن عليه لماذكرنا وكذلك لو استهلكه المشترى ولو كان المغصوب عبدا فاعتقه المشترى من الغاصب ثم أجاز المالك البيع نفذ اعتاقه استحسانا وعند محمد وزفر رحمهما الله لا ينفذ قياسا ولا خلاف فى أنه لو باعه المشترى ثم أجاز المالك البيع الاول أنه لا ينفذ البيع الثانى (وجه) القياس ماروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم ولا ملك للمشترى فى العبد لانه ملك المغصوب منه فلا ينعقد اعتاقه فيه فينفذ عليه عند الاجازة ولهذا لم ينفذ بيعه (وجه) الاستحسان ان اعتاق المشترى صادف ملكا على التوقف فينعقد على التوقف كالمشترى من الوارث عبدا من التركة المستغرقة بالدين اذا أعتقه ثم أبرأ الغرماء الميت عن ديونهم والدليل على ان الاعتاق صادف ملكا على التوقف أن سبب الملك انعقد على التوقف وهو البيع المطلق الخالى عن الشرط ممن هو من أهل البيع فى محل قابل الا أنه لم ينفذ دفعا للضرر عن المالك ولا ضرر عليه فى التوقف فيتوقف واذا توقف سبب الملك يتوقف الملك فيتوقف الاعتاق بخلاف البيع فانه يعتمد شروطا أخر ألا ترى أنه لا يجوز بيع المنقول قبل القبض مع قيام الملك لمعنى الغرر وفى توقيف نفاذ البيع الاول تحقيق معنى الغرر ولو أودع الغاصب المغصوب فهلك فى يد المودع يتخير المالك فى التضمين فان ضمن الغاصب لا يرجع بالضمان على أحد لانه تبين انه أودع ملك نفسه وان ضمن المودع يرجع على الغاصب لانه غره بالايداع فيرجع عليه بضمان الغرر وهو ضمان الالتزام فى الحقيقة ولو استهلكه المودع فالجواب على القلب من الاول انه ان ضمن الغاصب فالغاصب يرجع بالضمان على المودع لانه تبين انه استهلك ماله وان ضمن المودع لم يرجع على الغاصب لانه ضمن بفعل نفسه فلا يرجع على أحد ولو آجر الغاصب المغصوب أو رهنه من انسان فهلك فى يده يتخير المالك فان ضمن الغاصب لا يرجع على المستأجر والمرتهن لانه تبين انه آجر ورهن ملك نفسه الا ان فى الرهن يسقط دين المرتهن على ماهو حكم هلاك الرهن وان ضمن المستأجر أو المرتهن يرجع على الغاصب بما ضمن والمرتهن يرجع بدينه أيضا أما رجوع المرتهن بالضمان فلا شك فيه لصيرورته مغرورا وأما رجوع المستأجر فلانه وان استفاد ملك المنفعة لكن بعوض وهو الاجرة فيتحقق الغرور فاشبه المودع ولو استهلكه المستأجر أو المرتهن يتخير المالك الا أنه ان ضمن الغاصب يرجع على المستأجر والمرتهن لانه تبين انه آجر ملك نفسه ورهن ملك نفسه فاستهلكه المستأجر والمرتهن وان ضمن المستأجر أو المرتهن لم يرجع على أحد لانه ضمن بفعل نفسه والله سبحانه وتعالى أعلم ولو أعاره الغاصب فهلك فى يد المستعير يتخير المالك وايهما ضمن لا يرجع بالضمان على صاحبه أما الغاصب فلا شك فيه لانه أعار ملك نفسه فهلك فى يد المستعير وأما المستعير فلانه استفاد ملك المنفعة فلم يتحقق الغرور والله تعالى أعلم وعلى هذا تخرج منافع الاعيان المنقولة المغصوبة انها ليست بمضمونة عندنا وعند الشافعى رحمه الله مضمونة نحوما اذا غصب عبدا أو دابة فامسكه أياما ولم يستعمله ثم رده على مالكه لانه لم يوجد تفويت يد المالك عن المنافع لانها اعراض تحدث فشيأ على حسب حدوث الزمان فالمنفعة الحادثة على يد الغاصب لم تكن موجودة فى يد المالك فلم يوجد تفويت يد المالك عنها فلم يوجد الغصب وعنده حد الغصب اثبات اليد على مال الغير بغير اذن مالكه وقد وجد فى المنافع والمنفعة مال بدليل أنه يجوز أخذ العوض عنها فى الاجارة وتصلح مهرا فى النكاح فتحقق الغصب فيها فيجب الضمان وعلى هذا يخرج ما اذا غصب دارا أو عقارا فانهدم شئ من

البناء أو جاء سيل فذهب بالبناء والاشجار أو غلب الماء على الارض فبقيت تحت الماء انه لا ضمان عليه فى قول أبى حنيفة رضى الله عنه وأبى يوسف الآخر وعند محمد وهو قول أبى يوسف الاول يضمن وهو قول الشافعى رحمه الله أما الشافعى فقد مر على أصله فى تحديد الغصب انه اثبات اليد على مال الغير بغير اذن مالكه وهذا يوجد فى العقار كما يوجد فى المنقول وأما محمد رحمه الله تعالى فقد مر على أصله فى حد الغصب انه ازالة يد المالك عن ماله والفعل فى المال ليس بشرط وقد وجد تفويت يد المالك عن العقار لان ذلك عبارة عن اخراج المال من أن يكون منتفعاً به فى حق المالك أو اعجاز المالك عن الانتفاع به وهذا كما يوجد فى المنقول يوجد فى العقار فيتحقق الغصب والدليل عليه مسئلة ذكرناها فى الرجوع عن الشهادات وهى ان من ادعى على آخر دارا فأنكر المدعى عليه فأقام المدعى شاهدين وقضى القاضى بشهادتهما ثم رجعا يضمنان كما لو كانت الدعوى فى المنقول فقد سوى بين العقار والمنقول فى ضمان الرجوع فدل ان الغصب الموجب للضمان يتحقق فيهما جميعاً وأما أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله فرا على أصلهما ان الغصب ازالة يد المالك عن ماله بفعل فى المال ولم يوجد فى العقار والدليل على أن هذا شرط تحقق الغصب الاستدلال بضمان الغصب فان أخذ الضمان من الغاصب تفويت يده عنه بفعل فى الضمان فيستدعى وجود مثله منه فى المغصوب ليكون اعتداء بالمثل وعلى انهما ان سلما تحقق الغصب فى العقار فالاصل فى الغصب أن لا يكون سبباً لوجوب الضمان لان أخذ الضمان من الغاصب اتلاف ماله عليه ألا ترى أنه تزول يده وملكه عن الضمان فيستدعى وجود الاتلاف منه اما حقيقة أو تقديرا لان الله سبحانه وتعالى لم يشرع الاعتداء الا بالمثل قال الله سبحانه وتعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ولم يوجد ههنا الاتلاف من الغاصب لا حقيقة ولا تقديرا أما الحقيقة فظاهرة وأما التقدير فلان ذلك بالنقل والتحويل والتغييب عن المالك على وجه لا يقف على مكانه ولهذا لو حبس رجلا حتى ضاعت مواشيه وفسد زرعه لا ضمان عليه والعقار لا يحتمل النقل والتحويل فلم يوجد الاتلاف حقيقة وتقديراً فينتفى الضمان لضرورة النص وعلى هذا الاختلاف اذا غصب عقارا فجاء انسان فأتلفه فالضمان على المتلف عندهما لان الغصب لا يتحقق فى العقار فيعتبر الاتلاف وعند محمد يتحقق الغصب فيه فيتخير المالك فان اختار تضمين الغاصب فالغاصب يرجع بالضمان على المتلف وان اختار تضمين المتلف لا يرجع على أحد لانه ضمن بفعل نفسه (وأما) مسئلة الرجوع عن الشهادة فمن أصحابنا من منعها وقال ان محمدا رحمه الله بنى الجواب على أصل نفسه فاما على قولهما فلا يضمنان ومنهم من سلم ولا بأس بالتسليم لان ضمان الرجوع ضمان اتلاف لا ضمان غصب والعقار مضمون بالاتلاف بلا خلاف وعلى هذا يخرج ما اذا غصب صبياً حراً من أهله فمات فى يده من غير آفة اصابته بان مرض فى يده فمات أنه لا يضمن لان كون المغصوب مالا شرط تحقق الغصب والحر ليس بمال ولو مات فى يده بآفة بان عقره أسد أو نهشته حية ونحو ذلك يضمن لوجود الاتلاف منه تسبيباً والحر يضمن بالاتلاف مباشرة وتسبيباً على ما نذكره فى مسائل الاتلاف ان شاء الله تعالى ولو غصب مدبراً فهلك فى يده يضمن لان المدبر مال متقوم الا انه امتنع جواز بيعه اذا كان مدبراً مطلقاً مع كونه مالا متقوماً لانعقاد سبب الحرية للحال وفى البيع ابطال السبب على ما عرف وكذلك لو غصب مكاتبا فهلك فى يده لانه عبد ما بقى عليه درهم على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم فكان مالا متقوما ومعتق البعض بمنزلة المكاتب على أصل أبى حنيفة فكان مضمونا بالغصب كالمكاتب وعلى أصلهما هو حر عليه دين والحر لا يضمن بالغصب ولو غصب أم ولد انسان فهلكت عنده لم يضمن عند أبى حنيفة رضى الله عنه وعندهما يضمن وأم الولد لا تضمن بالغصب ولا بالقبض فى البيع الفاسد ولا بالاعتاق كجارية بين رجلين جاءت بولد فادعياه جميعاً ثم أعتقها أحدهما لا يضمن لشريكه شيأ ولا تسعى هى فى شئ أيضاً عنده وعندهما يضمن فى ذلك كله كالمدبر ولقب المسئلة ان أم الولد هل هى متقومة من حيث انها مال أم لا ولا خلاف انها متقومة بالقتل ولا خلاف فى أن المدبر متقوم (وجه) قولهما انها كانت مالا متقوما والاستيلاد لا يوجب المالية والتقوم لانه

لا يثبت به الاحق الحرية فانه لا يبطل المالية والتقوم كما فى المدبر (وجه) قول أبى حنيفة رضى الله عنه ان الاستيلاد اعتاق لما روى عن النبى عليه الصلاة والسلام أنه قال فى جاريته مارية أعتقها ولدها فظاهره يقتضى ثبوت العتق للحال فى جميع الاحكام الا أنه تأخر فى حق بعض الاحكام فمن ادعى التأخر فى حق سقوط المالية والتقوم فعليه الدليل بخلاف المدبر لان التدبير ليس باعتاق للحال على معنى أنه لا يثبت به العتق للحال أصلا وانما الموجود للحال مباشرة سبب العتق من غير عتق وهذا لا يمنع بقاء المالية والتقوم ويمنع جواز البيع لما قلنا وعلى هذا يخرج ما اذا غصب جلد ميتة لذمى أو لمسلم فهلك فى يده أو استهلكه أنه لا يضمن لان الميتة والدم ليسا بمال فى الاديان كلها ولو دبغه الغاصب وصار مالا فحكمه نذكره فى موضعه ان شاء الله تعالى وعلى هذا يخرج ما اذا غصب خمر المسلم أو خنزيرا له فهلك فى يده انه لا يضمن سواء كان الغاصب مسلما أو ذميا لان الخمر ليست بمال متقوم فى حق المسلم وكذا الخنزير فلا يضمنان بالغصب ولو غصب خمراً أو خنزيرا لذمى فهلك فى يده يضمن سواء كان الغاصب ذمياً أو مسلماً غير ان الغاصب ان كان ذميا فعليه فى الخمر مثلها وفى الخنزير قيمته وان كان مسلما فعليه القيمة فيهما جميعا وهذا عندنا وقال الشافعى لا ضمان على غاصب الخمر والخنزير كائنا من كان (وجه) قوله أن حرمة الخمر والخنزير ثابتة فى حق الناس كافة لقوله سبحانه وتعالى فى صفة الخمر انه رجس من عمل الشيطان وصفة المحل لا تختلف باختلاف الشخص وقوله عليه الصلاة والسلام حرمت الخمر لعينها أخبر عليه الصلاة والسلام كونها محرمة وجعل علة حرمتها عينها فتدور الحرمة مع العين واذا كانت محرمة لا تكون مالا لان المال ما يكون منتفعا به حقيقة مباح الانتفاع به شرعا على الاطلاق (ولنا) ما روى عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال فى الحديث المعروف فاعلموهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين وللمسلم الضمان اذا غصب منه خله وشاته ونحو ذلك اذا هلك فى يد الغاصب فيلزم أن يكون للذمى الضمان اذا غصب منه خمره أو خنزيره ليكون لهم ما للمسلمين عملا بظاهر الحديث وأما الكلام فى المسئلة من حيث المعنى فبعض مشايخنا قالوا الخمر مباح فى حق أهل الذمة وكذا الخنزير فالخمر فى حقهم كالخل فى حقنا والخنزير فى حقهم كالشاة فى حقنا فى حق الاباحة شرعا فكان كل واحد منهما مالا متقوما فى حقهم ودليل الاباحة فى حقهم ان كل واحد منهم منتفع به حقيقة لانه صالح لاقامة مصلحة البقاء والاصل فى أسباب البقاء هو الاطلاق الا ان الحرمة فى حق المسلم ثبتت نصا غير معقول المعنى أو معقول المعنى لمعنى لا يوجد ههنا أو يوجد لكنه يقتضى الحل لا الحرمة وهو قوله تعالى انما يريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوة والبغضاء فى الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلاة فهل أنتم منتهون لان الصد لا يوجد فى الكفرة والعداوة فيما بينهم واجب الوقوع ولانها سبب المنازعة والمنازعة سبب الهلاك وهذا يوجب الحل لا الحرمة فلا تثبت الحرمة فى حقهم وبعضهم قالوا ان الحرمة ثابتة فى حقهم كما هى ثابتة فى حق المسلمين لان الكفار مخاطبون بشرائع هى حرمات عندنا وهو الصحيح من الاقوال على ما عرف فى أصول الفقه وعلى هذا طريق وجوب الضمان وجهان أحدهما ان الخمر وان لم يكن مالا متقوما فى الحال فهى بعرض أن تصير مالا متقوما فى الثانى بالتخلل والتخليل ووجوب ضمان الغصب والاتلاف يعتمد كون المحل المغصوب والمتلف مالا متقوما فى الجملة ولا يقف على ذلك للحال ألا ترى ان المهر والجحش وما لا منفعة له فى الحال مضمون بالغصب والاتلاف والثانى أن الشرع منعنا عن التعرض لهم بالمنع عن شرب الخمر وأكل الخنزير لما روى عن سيدنا على كرم الله وجهه أنه قال أمرنا بان نتركهم وما يدينون ومثله لا يكذب وقد دانوا شرب الخمر وأكل الخنزير فلزمنا ترك التعرض لهم فى ذلك ونفى الضمان بالغصب والاتلاف يفضى الى التعرض لان السفيه اذا علم أنه اذا غصب أو أتلف لا يؤاخذ بالضمان يقدم على ذلك وفى ذلك منعهم وتعرض لهم من حيث المعنى والله سبحانه وتعالى أعلم ولو كان لمسلم خمر غصبها ذمى أو مسلم فهلكت عند الغاصب أو خللها فلا ضمان عليه ولو استهلكها يضمن خلا مثلها لان الغصب حين وجوده لم ينعقد سببا لوجوب الضمان ولم يوجد من الغاصب صنع آخر لأن الهلاك ليس من صنعه فلا يضمن وان استهلكه فقد وجد منه

صنع آخر سوى الغصب وهو اتلاف خل مملوك للمغصوب منه فيضمن ولو غصب مسلم من نصرانى صليباً له فهلك فى يده يضمن قيمته صليباً لانه مقر على ذلك والله سبحانه وتعالى أعلم وعلى هذا يخرج ما اذا استخدم عبد رجل بغير أمره أو بعثه فى حاجة أو قاد دابة له أو ساقها أو ركبها أو حمل عليها بغير اذن صاحبها انه ضامن بذلك سواء عطب فى تلك الخدمة أو فى مضيه فى حاجته أو مات حتف أنفه لان يد المالك كانت ثابتة عليه واذا أثبت يد التصرف عليه فقد فوت يد المالك فيتحقق الغصب ولو دخل دار انسان بغير اذنه وليس فى الدار أحد فهلك فى يده لم يضمن فى قولهما وعند محمد يضمن وقد ذكرنا المسئلة فيما تقدم ولو جلس على فراش غيره أو بساط غيره بغير اذنه فهلك لا يضمن بالاجماع لان تفويت يد المالك فيما يحتمل النقل لا يحصل بدون النقل فلم يتحقق الغصب فلا يجب الضمان والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما حكم الغصب فله فى الاصل حكمان أحدهما يرجع الى الآخرة والثانى يرجع الى الدنيا أما الذى يرجع الى الآخرة فهو الاثم واستحقاق المؤاخذة اذا فعله عن علم لانه معصية وارتكاب المعصية على سبيل التعمد سبب لاستحقاق المؤاخذة وقد روى عنه عليه الصلاة والسلام انه قال من غصب شبراً من أرض طوقه الله تعالى من سبع أرضين يوم القيامة وان فعله لا عن علم بان ظن أنه ملكه فلا مؤاخذة عليه لان الخطأ مرفوع المؤاخذة شرعا ببركة دعاء النبى عليه الصلاة والسلام بقوله عليه الصلاة والسلام ربنا لا تؤاخذنا إن نسينا أو أخطأنا وقوله عليه الصلاة والسلام رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه (وأما) الذى يرجع الى الدنيا فأنواع بعضها يرجع الى حال قيام المغصوب وبعضها يرجع الى حال هلاكه وبعضها يرجع الى حال نقصانه وبعضها يرجع الى حال زيادته (أما) الذى يرجع الى حال قيامه فهو وجوب رد المغصوب على الغاصب والكلام فى هذا الحكم فى ثلاثة مواضع فى بيان سبب وجوب الرد وفى بيان شرط وجوبه وفى بيان ما يصير المالك به مسترداً أما السبب فهو أخذ مال الغير بغير اذنه لقوله عليه الصلاة والسلام على اليد ما أخذت حتى ترد وقوله عليه الصلاة والسلام لا يأخذ أحدكم مال صاحبه لاعبا ولا جاداً فاذا أخذ أحدكم عصا صاحبه فليردد عليه ولان الاخذ على هذا الوجه معصية والردع عن المعصية واجب وذلك برد المأخوذ ويجب رد الزيادة المنفصلة كما يجب رد الاصل لوجود سبب وجوب الرد فيه ومؤنة الرد على الغاصب لانها من ضرورات الرد فاذا وجب عليه الرد وجب عليه ما هو من ضروراته كما فى رد العارية (وأما) شرط وجوب الرد فقيام المغصوب فى يد الغاصب حتى لو هلك فى يده أو استهلك صورة ومعنى أو معنى لا صورة ينتقل الحكم من الرد الى الضمان لان الهالك لا يحتمل الرد وعلى هذا يخرج ما اذا كان المغصوب حنطة فزرعها الغاصب أو نواة فغرسها حتى نبتت أو باقلة فغرسها حتى صارت شجرة أو بيضة فحضنها حتى صارت دجاجة أو قطناً فغزله أو غزلا فنسجه أو ثوبا فقطعه أو خاطه قميصا أو لحماً فشواه أو طبخه أو شاة فذبحها وشواها أو طبخها أو حنطة فطحنها أو دقيقاً فخبزه أو سمسما فعصره أو عنباً فعصره أو حديدا فضربه سيفا أو سكينا أو صفراً أو نحاسا فعمله آنية أو ترابا له قيمة فلبنه او اتخذه خزفا أو لبنا فطبخه آجراً ونحو ذلك انه ليس للمالك أن يسترد شيأ من ذلك عندنا ويزول ملكه بضمان المثل أو القيمة وعند الشافعى له ولاية الاسترداد ولا يزول ملكه وجه قوله ان ذات المغصوب وعينه قائم بعد فعل الغاصب وانما فات بعض صفاته فلا يبطل حق الاسترداد كما اذا غصب ثوبا فقطعه ولم يخطه أو صبغه أحمر أو أصفر لان الملك فى المغصوب كان ثابتا للمالك والعارض وهو فعل الغاصب محظور فلا يصلح سببا لثبوت الملك له فيلحق بالعدم فيبقى المغصوب على ملك المالك فتبقى له ولاية الاسترداد (ولنا) أن فعل الغاصب فى هذه المواضع وقع استهلاكا للمغصوب اما صورة ومعنى أو معنى لا صورة فيزول ملك المالك عنه وتبطل ولاية الاسترداد كما اذا استهلكه حقيقة ودلالة تحقق الاستهلاك أن المغصوب قد تبدل وصار شيأ آخر بتخليق الله تعالى وايجاده لانه لم تبق صورته ولا معناه الموضوع له فى بعض المواضع ولا اسمه وقيام الاعيان بقيام صورها

ومعانيها

ومعانيها المطلوبة منها وفى بعضها ان بقيت الصورة فقد فات معناه الموضوع له المطلوب منه عادة فكان فعله استهلاكا للمغصوب صورة ومعنى أو معنى فيبطل حق الاسترداد اذ الهالك لا يحتمل الرد كالهالك الحقيقى ولانه اذا حصل الاستهلاك يزول ملك المالك لان الملك لا يبقى فى الهالك كما فى الهالك الحقيقى فتنقطع ولاية الاسترداد ضرورة ولان الاستهلاك يوجب ضمان المثل أو القيمة للمالك لوقوعه اعتداء عليه أو اضرارا به وهذا يوجب زوال ملكه عن المغصوب لما نذكره ان شاء الله تعالى واذا زال ملك المالك بالضمان يثبت الملك للغاصب فى المضمون لوجود سبب الثبوت فى محل قابل وهو اثبات الملك على مال غير مملوك لاحد وبه تبين أن فعله الذى هو سبب لثبوت الملك مباح لا حظر فيه فجاز أن يثبت الملك به وعلى هذا يخرج ما اذا غصب لبنا أو آجرا أو ساجة فادخلها فى بنائه انه لا يملك الاسترداد عندنا وتصير ملكا للغاصب بالقيمة خلافا للشافعى رحمه الله فهو على أصله المعهود فى جنس هذه المسائل أن فعل الغاصب محظور فلا يصلح سببا لثبوت الملك لكون الملك نعمة وكرامة فالتحق فعله بالعدم شرعا فبقى ملك المغصوب منه كما كان (ولنا) أن المغصوب بالادخال فى البناء والتركيب صار شيئا آخر غير الاول لاختلاف المنفعة اذ المطلوب من المركب غير المطلوب من المفرد فصار بها تبعا له فكان الادخال اهلاكا معنى فيوجب زوال ملك المغصوب منه ويصير ملكا للغاصب ولان الغاصب يتضرر بنقض البناء والمالك وان كان يتضرر بزوال ملكه أيضا لكن ضرره دون ضرر الغاصب لانه يقابله عوض فكان ضرر الغاصب أعلى فكان أولى بالدفع ولهذا لو غصب من آخر خيطا فخاط به بطن نفسه أو دابته ينقطع حق المالك كذا هذا وذكر الكرخى رحمه الله أن موضوع مسألة الساجة ما اذا بنى الغاصب فى حوالى الساجة لا على الساجة فاما اذا بنى على نفس الساجة لا يبطل ملك المالك بل ينقض وهو اختيار الفقيه أبى جعفر الهندوانى رحمه الله لان البناء اذا لم يكن على نفس الساجة لم يكن الغاصب متعديا بالبناء لينقض ازالة للتعدى واذا كان البناء عليها كان متعديا على الساجة فيزال تعديه بالنقض والصحيح أن الجواب فى الموضعين والخلاف فى الفصلين ثابت لانه كيف ما كان لا يمكنه رد الساجة الا بنقض البناء ولزوم ضرر معتبر هذا موضوع المسألة حتى لو كان يمكنه الرد بدون ذلك لا ينقطع حق المالك بالاتفاق بل يؤمر بالرد ولو بيعت الدار فى حياة الغاصب أو بعد وفاته كان صاحب هذه الاشياء اسوة الغرماء فى الثمن فلا يكون أخص بشئ من ذلك لان ملكه قد زال عن العين الى القيمة فبطل اختصاصه بالعين وكذلك لو غصب خوصا فجعله زنبيلا لا سبيل للمغصوب منه عليه وهو بمنزلة الساجة اذا جعلها بناء ولو غصب نخلة فشقها فجعلها جذوعا كان له أن يأخذ الجذوع لان عين المغصوب قائمة وانما فرق الاجزاء فاشبه الثوب اذا قطعه ولم يخطه ولو غصب أرضا فبنى عليها أو غرس فيها لا ينقطع ملك المالك ويقال للغاصب اقلع البناء والغرس وردها فارغة لان الارض بحالها لم تتغير ولم تصر شيأ آخر ألا ترى أنها لم تتركب بشئ وانما جاورها البناء والغرس بخلاف الساجة لانها ركبت وصارت من جملة البناء ألا يرى انه يسمى الكل بناء واحدا فان كانت الارض تنتقص بقلع ذلك فللمالك أن يضمن له قيمة البناء والغرس مقلوعا ويكون له البناء والغرس لان الغاصب يتضرر بالمنع من التصرف فى ملك نفسه بالقلع والمالك أيضا يتضرر بنقصان ملكه فلزم رعاية الجانبين وذلك فيما قلنا ولو غصب تبر ذهب أو فضة فصاغه اناء أو ضرب به دراهم أو دنانير فللمغصوب منه أن يأخذه ولا يعطيه شيأ لاجل الصياغة على قول أبى حنيفة رحمه الله وفى قولهما لا سبيل له على ذلك وعلى الغاصب مثل ما غصب وأجمعوا على أنه اذا سبكه ولم يصغه أو جعله مربعا أو مطولا أو مدورا ان له أن يسترده ولا شئ عليه (وجه) قولهما أن صنع الغاصب وقع استهلاكا لان المغصوب بالصياغة صار شيأ آخر فاشبه ما اذا غصب حديدا فاتخذه سيفا أو سكينا وجه قوله أن استهلاك الشئ اخراجه من أن يكون منتفعا به منفعة موضوعة له مطلوبة منه عادة ولم يوجد ههنا لان المطلوب من الذهب والفضة الثمنية وهى باقية بعد ما استحدث الصنعة فلم يتحقق الاستهلاك فبقى على ملك المغصوب منه ولو غصب صفرا أو نحاسا أو حديدا فضرب به آنية ينظر ان

كان يباع وزنا فهو على الخلاف الذى ذكرنا فى الذهب والفضة لانه لم يخرج بالضرب والصناعة عن حد الوزن وان كان يباع عدداً ليس له أن يسترده بلا خلاف لانه خرج عن كونه موزونا بخلاف الذهب والفضة لان الوزن فيهما أصل لا يتصور سقوطه أبداً ولو غصب ثوبا فقطعه ولم يخطه أو شاة فذبحها ولم يشوها ولا طبخها لا ينقطع حق المالك إذ الذبح ليس باستهلاك بل هو تنقيص وتعييب فلا يوجب زوال الملك بل يوجب الخيار للمالك على ما نذكره فى موضعه ان شاء الله تعالى (وأما) بيان ما يصير المالك به مستردا للمغصوب فنقول وبالله التوفيق الاصل أن المالك يصير مستردا للمغصوب باثبات يده عليه لانه صار مغصوبا بتفويت يده عنه فاذا أثبت يده عليه فقد اعاده الى يده فزالت يد الغاصب ضرورة الا أن يغصبه ثانيا وعلى هذا تخرج المسائل اذا كان المغصوب عبدا فاستخدمه أو ثوبا فلبسه أو دابة فركبها أو حمل عليها صار مستردا له ويبرأ الغاصب من الضمان لما قلنا سواء علم المالك أنه ملكه أو لم يعلم لان اثبات اليد على العين أمر حسى لا يختلف بالعلم أو الجهل ولهذا لم يكن العلم شرطا لتحقق الغصب فلا يكون شرطا لبطلانه وكذلك لو كان طعاما فأكله لانه أثبت يده عليه فبطلت يد الغاصب وكذا اذا أطعمه الغاصب يبرأ عن الضمان عندنا وعند الشافعى رحمه الله لا يبرأ وجه قوله أنه غره فى ذلك حيث أطعمه ولم يعلمه أنه ملكه فلا يسقط عنه الضمان (ولنا) أنه أكل طعام نفسه فلا يستحق الضمان على غيره كما لو كان فى يد الغاصب فاستهلكه وقوله غره الغاصب ممنوع بل هو الذى اغتر بنفسه حيث تناول من غير بحث انه ملكه أو ملك الغاصب والمغتر بنفسه لا يستحق الضمان على غيره ولو كان المغصوب عبدا فآجره من الغاصب للخدمة أو ثوبا فآجره منه للبس أو دابة للركوب وقبل الغاصب الاجارة برئ عن الضمان لان الاجارة اذا صحت صارت يد الغاصب على المحل يد اجارة وأنها يد محقة فتبطل يد الغصب ضرورة فيبرأ عن الضمان حين وجبت عليه الاجارة بالاجارة وقالوا فى الغاصب اذا آجر العبد المغصوب من مولاه ليبنى له حائطا معلوماً أنه يسقط ضمان الغصب حين يبتدئ بالبناء لان البراءة عن الضمان فى الموضعين جميعا متعلقة بوجوب الاجرة والاجرة فى استئجار العبد والثوب تجب بالتسليم وهو التخلية وههنا تجب بالعمل لا بنفس التخلية لذلك افترقا ولو زوج الامة المغصوبة من الغاصب لا يبرأ عن الضمان فى قياس قول أبى حنيفة رحمه الله وعند أبى يوسف يبرأ بناء على أن المشترى هل يصير قابضا بالتزويج أم لا وقد ذكرنا المسألة فى كتاب البيوع فى بيان حكم البيع ولو استأجر الغاصب لتعليم العبد المغصوب عملا من الاعمال فهو جائز لكنه لا يصير مستردا للعبد ولا يبرأ الغاصب عن الضمان بل هو فى يد الغاصب على ضمانه حتى لو هلك قبل أن يأخذ فى ذلك العمل أو بعده ضمن وكذلك لو استأجره لغسل الثوب المغصوب لان الاجارة ههنا ما وقعت على المغصوب فلم تثبت يد الاجارة عليه لتبطل عنه يد الغاصب فبقى فى يد الغصب كما كان فبقى مضمونا كما كان بخلاف استئجار المغصوب على ما بينا واذا رد الغاصب الثانى المغصوب على الغاصب الاول برئ لان يده يد المالك من وجه فيصح الرد عليه والله سبحانه وتعالى اعلم (وأما) الذى يتعلق بحال هلاك المغصوب فنوعان احدهما وجوب الضمان على الغاصب والثانى ملك الغاصب المضمون (أما) وجوب الضمان فالكلام فيه فى مواضع فى بيان كيفية الضمان وفى بيان شرط وجوبه وفى بيان وقت وجوبه وفى بيان ما يخرج به الغاصب عن عهدته (اما) الاول فالمغصوب لا يخلو اما أن يكون مما له مثل واما أن يكون مما لا مثل له فان كان مما له مثل كالمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة فعلى الغاصب مثله لان ضمان الغصب ضمان اعتداء والاعتداء لم يشرع الا بالمثل قال الله تبارك وتعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم والمثل المطلق هو المثل صورة ومعنى فاما القيمة فمثل من حيث المعنى دون الصورة ولان ضمان الغصب ضمان جبر الفائت ومعنى الجبر بالمثل أكمل منه من القيمة فلا يعدل عن المثل الى القيمة الا عند التعذر وقال زفر رحمه الله الجوز والبيض مضمونان بالقيمة لا بالمثل وقد ذكرنا المسألة فى كتاب البيوع وان كان مما لا مثل له من المذروعات والمعدودات المتفاوتة فعليه قيمته لانه تعذر ايجاب المثل صورة ومعنى لانه لا مثل له فيجب

المثل معنى وهو القيمة لانها المثل الممكن والاصل فى ضمان القيمة ماروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى فى عبد بين شريكين أعتق أحدهما نصيبه بنصف قيمته للذى لم يعتق والنص الوارد فى العبد يكون واردا فى اتلاف كل مالا مثل له دلالة والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) شرط وجوب الضمان فشرط وجوب ضمان المثل والقيمة على الغاصب عجزه عن رد المغصوب فمادام قادرا على رده على الوجه الذى أخذه لا يجب عليه الضمان لان الحكم الاصلى للغصب هو وجوب رد عين المغصوب لان بالرد يعود عين حقه اليه وبه يندفع الضرر عنه من كل وجه والضمان خلف عن رد العين وانما يصار الى الخلف عند العجز عن رد الاصل وسواء عجز عن الرد بفعله بان استهلكه أو بفعل غيره بان استهلكه غيره أو بآفة سماوية بان هلك بنفسه لان المحل انما صار مضمونا بالغصب السابق لان فعله ذلك لا بالهلاك لان الهلاك ليس صنعه لكن عند الهلاك يتقرر الضمان لان عنده يتقرر العجز عن رد العين فيتقرر الضمان وعلى هذا يخرج ما اذا ادعى الغاصب هلاك المغصوب ولم يصدقه المغصوب منه انه يطلب منه بينة فان أقامها والا حبسه القاضى مدة يغلب على ظنه انه لو كان فى يده لاظهره ثم قضى عليه بالضمان لان بذلك ثبت عجزه عن رد العين فيحبس كمن كان عليه دين فطولب به فادعى الافلاس ومن شرط الخطاب باداء الضمان أن يكون المثل موجودا فى أيدى الناس حتى لو غصب شيأ له مثل ثم انقطع عن أيدى الناس لا يخاطب باداء المثل لانه ليس بمقدور بل يخاطب بالقيمة ولو اختصما فى حال انقطاعه عن أيدى الناس فقد اختلف أصحابنا الثلاثة قال أبو حنيفة يحكم على الغاصب بقيمته يوم يختصمون وقال أبو يوسف رحمه الله يوم الغصب وقال محمد رحمه الله يوم الانقطاع وجه قوله أن الغصب أوجب المثل على الغاصب والمصير الى القيمة للتعذر والتعذر حصل بسبب الانقطاع فتعتبر قيمته يوم الانقطاع كما لو استهلكه فى ذلك الوقت وجه قول أبى يوسف رحمه الله أن سبب وجوب ضمان المثل عند القدرة والقيمة عند العجز هو الغصب والحكم يعتبر من وقت وجود سببه وجه قول أبى حنيفة عليه الرحمة ان الواجب كان مثل المغصوب وبالانقطاع عن أيدى الناس لم يبطل الواجب لان الاصل ان ما ثبت يبقى لتوهم الفائدة وتوهم العود ههنا ثابت ألا ترى ان للمالك أن يختار الانتظار الى وقت ادراكه فيأخذ المثل واذا بقى المثل واجبا بعد الانقطاع فانما ينتقل حقه من المثل الى القيمة بالخصومة فتعتبر قيمته وقت الخصومة فاما علم الغاصب بكون المغصوب ملك غيره فليس بشرط لوجوب الضمان حتى لو أخذ مالا على وجه يحق له أخذه ظاهرا وفى الباطن بخلافه كما اذا اشترى شيأ أو ملكه بوجه من الوجوه فتصرف فيه ثم تبين انه مستحق يضمن لكن لا اثم عليه لان العلم ليس بشرط لتحقق الغصب وهو شرط ثبوت المؤاخذة قال الله سبحانه وتعالى وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم (وأما) وقت وجوب الضمان فوقت وجود الغصب لان الضمان يجب بالغصب ووقت ثبوت الحكم وقت وجود سببه فتعتبر قيمة المغصوب يوم الغصب حتى لا يتغير بتغير السعر لان السبب لم يتغير ولا تغير المحل أيضا لان تراجع السعر لفتور يحدثه الله سبحانه وتعالى فى قلوب عباده (وأما) بيان ما يخرج به الغاصب عن عهدة الضمان فالذى يخرج به عن عهدته شيئان أحدهما اداء الضمان الى المالك أو من يقوم مقامه لان الاصل فى طريق الخروج عن عهدة الواجب اداؤه ولو هلك المغصوب فى يد الغاصب الثانى فادى القيمة الى الغاصب الاول يبرأ عن الضمان فى الرواية المشهورة وروى عن أبى يوسف رحمه الله أنه لا يبرأ الا بقضاء القاضى وجه هذه الرواية ان الضمان الواجب عليه للمالك فلا يسقط عنه الا بالاداء الى المالك وجه الرواية المشهورة ان الضمان خلف عن العين قائم مقامه ثم لو رد العين برئ عن الضمان فكذا اذا رد القيمة لان ذلك رد العين من حيث المعنى والثانى الابراء وهو نوعان صريح وما يجرى مجرى الصريح ودلالة (اما) الاول فنحو أن يقول أبرأتك عن الضمان أو أسقطته عنك أو وهبته منك وما أشبه ذلك فيبرأ عن الضمان لانه أسقط حق نفسه وهو من أهل الاسقاط والمحل قابل للسقوط فيسقط وأما الثانى فهو أن يختار المالك تضمين أحد الغاصبين فيبرأ الآخر لان اختيار تضمين احدهما ابراء للآخر دلالة لما ذكرنا فيما تقدم

فيبرأ امابنفس الاختيار أو بشر يطة رضامن اختار تضمينه أو القضاء على اختلاف الروايتين اللتين ذكرناهما ولو أبرأه عن ضمان العين وهى قائمة فى يده صح الابراء وسقط عنه الضمان عند أصحابنا الثلاثة رحمهم الله وقال زفر رحمه الله لا يصح وجه قوله ان الابراء اسقاط واسقاط الاعيان لا يعقل فالتحق بالعدم و بقيت العين مضمونة كما كانت واذا هلكت ضمن (ولنا) ان العين صارت مضمونة بنفس الغصب لان الغصب سبب لوجوب الضمان فكان هذا ابراء عن الضمان بعد وجود سبب وجوبه فيصح كالعفو عن القصاص بعد الجرح قبل الموت ولو أجل المغصوب منه الغاصب ببدل الغصب صح التأجيل عند أصحابنا وعند زفر لا يصح استدلالا بالقرض (ولنا) أن عدم اللزوم فى القرض لكونه جار يا مجرى الاعارة لما بين فى كتاب القرض والاجل لا يلزم فى العوارى وهذا المعنى لا يوجد فى الغصب فيلزمه وهذا لان الاصل هولزوم التأجيل لانه تصرف صدر من أهله فى محله وهو الدين الا أن عدم اللزوم فى باب القرض لضرورة الاعارة ولم يوجد ههنا فيلزم على الاصل والله تعالى أعلم (وأما) ملك الغاصب المضمون فالكلام فى هذا الحكم فى مواضع فى بيان أصل الحكم انه سبب أم لا وفى بيان وقت ثبوته وفى بيان صفة الحكم الثابت (أما) الاول فقد اختلف العلماء فيه قال أصحابنا رحمهم الله يثبت اذا كان المحل قابلا للثبوت ابتداء وقال الشافعى رحمه الله لا يثبت أصلا حتى ان من غصب عبدا او اكتسب فى يد الغاصب ثم هلك العبد وضمن الغاصب قيمته فالكسب ملك للغاصب عندنا وعنده ملك للمالك ولو أبق العبد المغصوب من يد الغاصب وعجز عن رده الى المالك فالمغصوب منه بالخيار ان شاء انتظر الى ان يظهر وان شاء لم ينتظر وضمن الغاصب قيمته ولو ضمنه قيمته ثم ظهر العبد ينظر ان أخذ صاحبه القيمة بقول نفسه التى سماها و رضى بها أو بتصادقهما عليه أو بقيام البينة أو بنكول الغاصب عن اليمين فلا سبيل له على العبد عندنا وعنده يأخذ عبده بعينه ولو كان المغصوب مدبراً يعود على ملك المالك بالاجماع وجه قوله أن المالك لابد له من سبب والغصب لا يصلح سبباً لانه محظور والملك نعمة وكرامة فلا يستفاد بالمحظور ولان ضمان الغصب لا يقابل العين وانما يقابل اليد الفائتة فلا تملك به العين كما فى غصب المدبر (ولنا) ان ملك الغاصب يزول عن الضمان فلو لم يزل ملك المغصوب منه عن المضمون لم يكن الاعتداء بالمثل ولانه اذا زال ملك الغاصب عن الضمان وأنه بدل المغصوب لانه مقدر بقيمته وملك المغصوب منه البدل بكماله لو لم يزل ملكه عن المغصوب لاجتمع البدل والمبدل فى ملك المالك وهذا لا يجوز واذا زال ملك المالك عن المغصوب فالغاصب أثبت يده على مال قابل للملك لا ملك لاحد فيه فيملكه كما يملك الحطب والحشيش باثبات يده عليهما و به تبين ان ماهو سبب الملك فهو مباح لا حظر فيه فجاز أن يثبت به الملك بخلاف المدبر لانه لا يحتمل ابتداء الملك فيزول ملك المالك لكن لا يملكه الغاصب لعدم قبول المحل التملك ابتداء وههنا بخلافه والله تعالى أعلم ولو أخذ صاحبه القيمة بقول الغاصب بان اختلفا فى القيمة وقضى القاضى بالقيمة بقول الغاصب و بيمينه ثم ظهر العبد ذكر فى ظاهر الرواية ان المغصوب منه بالخيار ان شاء رضى بالمأخوذ وترك العبد عند الغاصب وان شاء رد المأخوذ وأخذ العبد لانه تبين ان المأخوذ بعض بدل العين لا كله فلم يملك بدل المغصوب بكماله فيثبت له الخيار وان أراد استرداد العبد فللغاصب أن يحبس العبد حتى يأخذ القيمة ونومات العبد فى يد الغاصب قبل رد القيمة لا يرد القيمة ولكن يأخذ من الغاصب فضل القيمة ان كان فى قيمة العبد فضل على ما أخذه وان لم يكن فيها فضل فلا شىء سوى له القيمة و روى عن أبى يوسف رحمه الله انه اذا ظهر العبد وقيمته أكثر مما قاله الغاصب فالمغصوب منه بالخيار على ما بينا فاما اذا كانت قيمته مثل ما قال الغاصب أو أقل منه فلا سبيل لصاحبه عليه وهكذا فصل الكرخى رحمه الله لانه رضى بزوال ملكه بهذا البدل وفى ظاهر الرواية أثبت الخيار من غير تفصيل ولو اختلفا فى زيادة القيمة فادعى الغاصب انها حدثت بعد التضمين وادعى المغصوب منه انها كانت قبله كان الجصاص يقول من تلقاء نفسه ان القول قول الغاصب لان التمليك قد صح فلا يفسخ بالشك (وأما) وقت ثبوت الملك فهو وقت وجود الغصب لان الملك فى الضمان يستند الى وقت وجود الغصب فكذا

فى المضمون فيظهر فى الكسب والغلة والربح وأما شرط ثبوت الملك فى المضمون فما هو شرط ثبوت الملك فى الضمان وهو اختيار الضمان عند أبى حنيفة رحمه الله فالمغصوب قبل اختيار الضمان على حكم ملكه عنده فانه لو أراد أن لا يختار الضمان حتى يهلك المغصوب على ملكه ويكون له ثواب هلاكه على ملكه ويخاصم الغاصب فى القيمة له ذلك وعند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله هذا ليس بشرط ويثبت الملك قبل الاختيار فى الضمان والمضمون جميعاً وعلى هذا الاصل يبنى الصلح عن المغصوب الذى لا مثل له على اضعاف قيمته انه جائز عنده وعندهما لا يجوز (ووجه) البناء أنه لما وجب الضمان بنفس الهلاك عندهما وهو مال مقدر والزيادة عليه تكون رباولما توقف الوجوب على اختيار المالك عنده ولم يوجد منه الاختيار كان الصلح تقديراً لقيمة المغصوب هذا القدر وتمليكاً للمغصوب به كانه باعه من الغاصب به فجاز والله تعالى أعلم (وأما) صفة الملك الثابت للغاصب فى المضمون فلا خلاف بين أصحابنا فى أن الملك الثابت له يظهر فى حق نفاذ التصرفات حتى لو باعه أو وهبه أو تصدق به قبل اداء الضمان ينفذ كما تنفذ هذه التصرفات فى المشترى شراء فاسداً واختلفوا فى أنه هل يباح له الانتفاع به بأن يأكله بنفسه أو يطعمه غيره قبل اداء الضمان فاذا حصل فيه فضل هل يتصدق بالفضل قال أبو حنيفة رضى الله عنه ومحمد رحمه الله لا يحل له الانتفاع حتى يرضى صاحبه وان كان فيه فضل يتصدق بالفضل وقال أبو يوسف رحمه الله يحل له الانتفاع ولا يلزمه التصدق بالفضل ان كان فيه فضل وهو قول الحسن وزفر رحمهما الله وهو القياس وقول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله استحسان (وجه) القياس ان المغصوب مضمون لا شك فيه وهو مملوك للغاصب من وقت الغصب على أصل أصحابنا فلا معنى للمنع من الانتفاع وتوقيف الحل على رضا غير المالك كما فى سائر أملاكه ويطيب له الربح لانه ربح ما هو مضمون ومملوك وربح ما هو مضمون غير مملوك يطيب له عنده لما نذكر فربح المملوك المضمون أولى (وجه) الاستحسان ما روى انه عليه الصلاة والسلام أضافه قوم من الانصار فقدموا اليه شاة مصلية فجعل عليه الصلاة والسلام يمضغه ولا يسيغه فقال عليه الصلاة والسلام ان هذه الشاة لتخبرنى أنها ذبحت بغير حق فقالوا هذه الشاة لجار لنا ذبحناها لنرضيه بثمنها فقال عليه الصلاة والسلام اطعموها الاسارى أمر عليه الصلاة والسلام بأن يطعموها الاسارى ولم ينتفع به ولا أطلق لاصحابه الانتفاع بها ولو كان حلالا طيباً لاطلق مع خصاصتهم وشدة حاجتهم الى الاكل ولان الطيب لا يثبت الا بالملك المطلق وفى هذا الملك شبهة العدم لانه يثبت من وقت الغصب بطريق الاستناد والمستند يظهر من وجه ويقتصر على الحال من وجه فكان فى وجوده من وقت الغصب شبهة العدم فلا يثبت به الحل والطيب ولان الملك من وجه حصل بسبب محظور أو وقع محظوراً بابتدائه فلا يخلو من خبث ولان اباحة الانتفاع قبل الارضاء يؤدى الى تسليط السفهاء على أكل أموال الناس بالباطل وفتح باب الظلم على الظلمة وهذا لا يجوز وعلى هذا يخرج ما اذا غصب حنطة فطحنها أنه لا يحل له الانتفاع بالدقيق حتى يرضى صاحبه ولو غصب حنطة فزرعها قال أبو حنيفة ومحمد يكره له أن ينتفع به حتى يرضى صاحبه ويتصدق بالفضل وقال أبو يوسف لا يكره له الانتفاع به قبل اداء الضمان ولا يلزمه التصدق بالفضل فظاهر هذا الاطلاق يدل على ان عندهما يكره الانتفاع به حتى يرضى صاحبه باداء الضمان وفرق أبو يوسف بين الزرع والطحن فقال فى الطحن مثل قولهما أنه لا يحل الانتفاع به حتى يرضى صاحبه لان الحنطة لم تهلك بالطحن وانما تغيرت صفتها من التركيب الى التفريق فكان عين الحنطة قائمة فكان حق المالك فيها قائما خلاف الزرع لان البذر يهلك بالزراعة لانه يغيب فى الارض فيخرج من أن يكون مالا متقوما فلم يبق للمالك فيه حق فلم يكره الانتفاع به وكذلك قال أبو يوسف رحمه الله فيمن غصب نوى فصار نخلا انه يحل الانتفاع به كما فى الحنطة اذا زرعها وقال فى الودى اذا غرسه فصار نخلا أنه يكره الانتفاع به حتى يرضى صاحبه لان النوى يعفن ويهلك والودى يزيد فى نفسه وروى عن أبى حنيفة فى الشاة اذا ذبحها فشواها انه لا يسع له أن يأكلها ولا يطعم أحداً حتى يضمن القيمة وان كان صاحبها غائباً أو حاضراً لا يرضى بالضمان لا يحل له أكلها واذا دفع الغاصب

قيمتها يحل له الاكل كذلك اذا ضمنه المالك القيمة أو ضمنه الحاكم وهذا عندي ليس باختلاف رواية بل هذه الرواية تفسير للاولى لان قوله حتى يرضى صاحبه بحله يحتمل الارضاء باداء الضمان ويحتمل الارضاء باختيار الضمان فالمذكور ههنا مفسر فيحمل المجمل على المفسر فيحمل قوله حتى يرضيه على الارضاء باختيار الضمان ورضاه لا على الارضاء باداء الضمان توفيقا بين الروايتين فلا يحل له الانتفاع به قبل اختيار الضمان ويحل بعده سواء أدى الضمان أولا وهذا قولهما وهو قياس قول أبي يوسف رحمه الله في الشاة المشوية أنه يحل له الانتفاع بها فيأكلها و يطعمها من شاء سواء أدى الضمان أم لا ولا خلاف في انه اذا أدى الضمان أنه يحل له الاكل وكذلك اذا أبرأه عن الضمان وكذلك اذا ضمنه المالك القيمة أو ضمنه القاضي لان القاضي لا يضمنه الا بعد طلبه فكان منه اختيارا للضمان ورضا به وعلى هذا يخرج ما اذا غصب عبدا فاستغله فنقصته الغلة أنه يضمن النقصان والغلة له ويتصدق بها في قولهما وعند أبي يوسف رحمه الله هي طيبة أما ضمان النقصان فلان الاستغلال وقع اتلافا فيضمن قدر ما أتلف و يطيب له قدر المضمون لان ذلك القدر ليس بربح والنهي وقع عن الربح (وأما) الغلة فللغاصب عندنا وعند الشافعي رحمه الله للمالك وهي فريعة مسئلة المنافع وقد مرت في موضعها (وأما) التصدق بالغلة وهي الاجرة عندهما فلانها خبيثة لحصولها بسبب خبيث فكان سبيلها التصدق ولابي يوسف أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن ربح ما لم يضمن وهذا ربح مضمون والجواب أن التحريم لعدم الضمان يدل على التحريم لعدم الملك من طريق الاولى لان الملك فوق الضمان ولو غصب أرضا فزرعها كرا فنقصتها الزراعة وأخرجت ثلاثة أكرار يغرم النقصان ويأخذ رأس المال ويتصدق بالفضل أما ضمان النقصان فلان الغاصب نقص الارض بالزراعة وذلك اتلاف منه والعقار مضمون بالاتلاف بلا خلاف واما التصدق بالفضل فلحصوله بسبب خبيث وهي الزراعة في ارض الغصب وان كان البذر ملكا له و يطيب له قدر النقصان وقدر البذر لما ذكرنا أن النهي ورد عن الربح وذا ليس بربح فلم يحرم والله سبحانه وتعالى أعلم وعلى هذا يخرج ما اذا غصب الفا فاشترى جارية فباعها بالفين ثم اشترى بالالفين جارية فباعها بثلاثة آلاف انه يتصدق بجميع الربح في قولهما وعند أبي يوسف رحمه الله لا يلزمه التصدق بشئ لانه ربح مضمون مملوك لانه عند أداء الضمان يملكه مستندا الى وقت الغصب ومجرد الضمان يكفي للطيب فكيف اذا اجتمع الضمان والملك وهما يقولان الطيب كما لا يثبت بدون الضمان لا يثبت بدون الملك من طريق الاولى وفي هذا الملك شبهة العدم على ما بينا فيما تقدم فلا يفيد الطيب ولو اشترى بالالف جارية تساوي الفين فوهبها أو اشترى به طعاما يساوي الفين فأكله لم يتصدق بشئ لانه لم يحصل له الربح ولان الخبث انما يثبت بشبهة عدم الملك والشبهة توجب التصدق اما لا توجب التضمين وعلى هذا يخرج ما اذا خلط المستودع احدى الوديعتين بالاخرى خلطا لا يتميزان المخلوط يصير ملكا له عند أبي حنيفة رحمه الله لكن لا يطيب له حتى يرضى صاحبه على ما نذكره ان شاء الله تعالى ولو اشترى بالدراهم المغصوبة شيأ هل يحل له الانتفاع به أو يلزمه التصدق ذكر الكرخي رحمه الله وجعل ذلك على أربعة أوجه اما ان يشير اليها و ينقد منها واما أن يشير اليها و ينقد من غيرها واما أن يشير الى غيرها و ينقد منها واما ان يطلق اطلاقا و ينقد منها واذا أثبت الطيب في الوجوه كلها الا في وجه واحد وهو ان يجمع بين الاشارة اليها والنقد منها وذكر أبو نصر الصفار والفقيه أبو الليث رحمهما الله انه يطيب في الوجوه كلها وذكر أبو بكر الاسكاف رحمه الله انه لا يطيب في الوجوه كلها وهو الصحيح (وجه) قول أبي نصر وأبي الليث رحمهما الله تعالى ان الواجب في ذمة المشتري دراهم مطلقة والمنقودة بدل عما في الذمة أما عند عدم الاشارة فظاهر وكذا عند الاشارة لان الاشارة الى الدراهم لا تفيد التعيين فالتحقت الاشارة اليها بالعدم فكان الواجب في ذمته دراهم مطلقة والدراهم المنقودة بدلا عنها فلا يخبث المشتري والكرخي كذلك يقول اذا لم تتأكد الاشارة بمؤكد وهو النقد منها فاذا تأكدت بالنقد منها تعين المشار اليه فكان المنقود بدل المشتري فكان خبيثا (وجه) قول أبي بكر انه استفاد بالحرام ملكا من طريق الحقيقة أو الشبهة

فيثبت الخبث وهذا لانه ان أشار الى الدراهم المغصوبة فالمشار اليه ان كان لا يتعين فى حق الاستحقاق يتعين فى حق جواز العقد بمعرفة جنس النقد وقدره فكان المنقود بدل المشترى من وجه نقدمنها أو من غيرها وان لم يشر اليها ونقد منها فقد استفاد بذلك سلامة المشترى فتمكنت الشبهة فيخبث الربح واطلاق الجواب فى الجامعين والمضاربة دليل صحة هذا القول ومن مشايخنا من اختار الفتوى فى زماننا بقول الكرخى تيسيرا للامر على الناس لازدحام الحرام وجواب الكتب أقرب الى التنزه والاحتياط والله تعالى أعلم ولان دراهم الغصب مستحقة الرد على صاحبها وعند الاستحقاق ينفسخ العقد من الاصل فتبين ان المشترى كان مقبوضا بعقد فاسد فلم يحل الانتفاع به ولو تزوج بالدراهم المغصوبة امرأة وسعه ان يطأها بخلاف الشراء لما ذكرنا ان عند الاستحقاق ينفسخ الشراء والنكاح لا يحتمل الفسخ ولو كان المغصوب ثوبا فاشترى به جارية لا يسعه ان يطأها ولو تزوج عليه امرأة حل له وطؤها لما قلنا والله عز وجل أعلم وأما الذى يتعلق بحال نقصان المغصوب فالكلام فيه فى موضعين أحدهما فى بيان ما يكون مضمونا من النقصان ومالا يكون مضمونا منه والثانى فى بيان طريق معرفة النقصان أما الاول فنقول وبالله التوفيق اذا عرض فى يد الغاصب ما يوجب نقصان قيمة المغصوب والعارض لا يخلو اما ان يكون بتغير السعر واما أن يكون فوات جزء من المغصوب أو فوات صفة مرغوب فيها أو معنى مرغوب فيه فان كان بتغير السعر لم يكن مضمونا لان المضمون نقصان المغصوب ونقصان السعر ليس بنقصان المغصوب بل لفتور يحدثه الله تعالى عز شأنه فى قلوب العباد لا صنع للعبد فيه فلا يكون مضمونا وان كان فوات جزء من المغصوب أو فوات صفة مرغوب فيها أو معنى مرغوب فيه فالمغصوب لا يخلو اما ان يكون من غير أموال الربا واما ان يكون من أموال الربا فان كان من غير أموال الربا يكون مضمونا اذا لم يكن للمغصوب منه فيه صنع ولا اختيار لانه هلاك بعض المغصوب صورة ومعنى أو معنى لا صورة وهلاك كل المغصوب مضمون بكل القيمة فهلاك بعضه يكون مضمونا بقدره لما ذكرنا ان ضمان الغصب ضمان جبر الفائت فيتقدر بقدر الفوات وعلى هذا يخرج ما اذا سقط عضو من المغصوب فى يد الغاصب بآفة سماوية أو لحقه زمانة أو عرج أو شلل أو عمى أو عور أو صمم أو بكم أو حمى أو مرض آخر انه يأخذه المولى ويضمنه النقصان لوجود فوات جزء من البدن أو فوات صفة مرغوب فيها ولو زال البياض من عينه فى يد المولى أو أقلع الحمى رد على الغاصب ما أخذ منه بسبب النقصان لانه تبين ان ذلك النقصان لم يكن موجبا للضمان لانعدام شرط الوجوب وهو العجز عن الانتفاع على طريق الدوام وكذلك لو ابق المغصوب من يد الغاصب من عبد أو أمة اذا لم يكن ابق قبل ذلك أو زنت الجارية المغصوبة أو سرقت اذا لم تكن زنت قبل ذلك لفوات معنى مرغوب فيه وهو الصيانة عن هذه القاذورات ولهذا كانت عيوبا موجبة للرد فى باب البيع وجعل الآبق على المالك وهل يرجع به على الغاصب قال أبو يوسف رحمه الله لا يرجع وقال محمد رحمه الله يرجع (وجه) قوله ان الجعل من ضرورات رد المغصوب لان رد المغصوب واجب على الغاصب ولا يمكنه الرد الا باعطاء الجعل فكان من ضرورات الرد فيكون عليه مؤنة الرد (وجه) قول أبى يوسف رحمه الله ان الجعل انما يجب بحق الملك والملك للمغصوب منه فيكون الجعل عليه كمداواة الجراحة ولو قتل العبد المغصوب أو الجارية المغصوبة فى يد الغاصب قتيلا أو جنى على حر أو عبد فى نفس أو مادونها جناية رد الى مولاه ويقال له ادفعه بجنايته أو أفده لان الملك له ويرجع المولى على الغاصب بالاقل من قيمته ومن أرش الجناية لان هذا الضمان انما وجب بسبب كان فى ضمانه ولو استهلك لرجل مالا يخاطب المولى بالبيع أو الفداء ويرجع على الغاصب بالاقل من قيمته ومما أداه عنه من الدين لما قلنا ولو قتل المغصوب نفسه فى يد الغاصب ضمن الغاصب قيمته بالغصب ولا يضمن قيمته بقتل نفسه لان قتله نفسه هدر فصار كموته حتف انفه ولو كان المغصوب أمة فولدت ثم قتلت ولدها ثم ماتت ضمن قيمة الام ولا يضمن قيمة الولد لانه أمانة وكذلك اذا كبر المغصوب فى يد الغاصب من الغلام والجارية بان غصب عبدا شابا فشاخ فى يد الغاصب أو جارية شابة فصارت

عجوزاً في يده ضمن النقصان لان الكبر يوجب فوات جزء أو صفة مرغوب فيها وكذلك اذا غصب جارية ناهداً فانكسر ثديها في يد الغاصب لان نهود الثديين صفة مرغوب فيها ألا يرى الى قوله عز وجل وكواعب أترابا وأما نبات اللحية للامرد فليس بمضمون لانه ليس بنقصان بل هو زيادة في الرجال ألا ترى ان حلق اللحية يوجب كمال الدية وكذلك لو غصب عبدا قارئاً فنسي القرآن العظيم أو محترفا فنسي الحرفة يضمن لان العلم بالقرآن والحرفة معنى مرغوب فيه وأما حبل الجارية المغصوبة بان غصب جارية فحبلت في يده فان كان المولى أحبلها في يد الغاصب لا شيء على الغاصب لان النقصان حصل بفعل المولى فلا يضمنه الغاصب كما لو قتلها المولى في يد الغاصب وكذلك لو حبلت في يد الغاصب من زوج كان لها في يد المولى لان الوطء من الزوج حصل بتسليط المولى فصار كانه حصل منه أو حدث في يده وان حبلت في يد الغاصب من زنا أخذها المولى وضمنه نقصان الحبل والكلام في قدر الضمان قال أبو يوسف رحمه الله ينظر الى ما نقصها الحبل والى أرش عيب الزنا فيضمن الاكثر و يدخل الاقل فيه وهذا استحسان والقياس ان يضمن الامرين جميعا وروى عن محمد رحمه الله انه أخذ بالقياس (وجه) القياس ان الحبل والزنا كل واحد منهما عيب على حدة فكان النقصان الحاصل بكل واحد منهما نقصانا على حدة فيفرد بضمان على حدة (وجه) الاستحسان ان الجمع بين الضمانين غير ممكن لان نقصان الحبل انما حصل بسبب الزنا فلم يكن نقصانا بسبب على حدة حتى يفرد بحكم على حدة فلا بد من ايجاب أحدهما فاوجبنا الاكثر لان الاقل يدخل في الاكثر ولا يتصور دخول الاكثر في الاقل فان ردها الغاصب حاملا فماتت في يد المولى من الولادة فبقي ولدها ضمن الغاصب جميع قيمتها عند أبي حنيفة رضي الله عنه وعندهما لا يضمن الا نقصان الحبل خاصة (وجه) قولهما ان الرد وقع صحيحا من الغاصب في القدر المردود وهو ما وراء الفائت بالحبل والهلاك بعد الرد حصل في يد المالك بسبب وجد في يده وهو الولادة فلا يكون مضمونا على الغاصب كما لو ماتت بسبب آخر وكما لو باع جارية حبلى فولدت عند المشتري ثم ماتت من نفاسها انه لا يرجع المشتري على البائع بشيء كذا هذا وجه قول أبي حنيفة رحمه الله ان الموت حصل بسبب كان في ضمان الغاصب وهو الحبل أو الزنا لان ذلك أفضى الى الولادة والولادة أفضت الى الموت فكان الموت مضافا الى السبب السابق واذا حصل الهلاك بذلك السبب تبين ان الرد لم يصح لانعدام شرط صحته وهو ان يكون الرد مثل الاخذ من جميع الوجوه فصار كانها ولدت في يد الغاصب فماتت من الولادة ولو كان كذلك يضمن الغاصب جميع قيمتها كذا هذا بخلاف مسألة البيع لان الواجب هناك هو التسليم ابتداء لا الرد وقد وجد التسليم فخرج عن العهدة و بخلاف الحرة اذا زنا بها مكرهة فماتت من الولادة انه لا يضمن لانها غير مضمونة بالاخذ ليلزمه الرد على وجه الاخذ بخلاف الامة ولو كانت الجارية زنت في يد الغاصب ثم ردها على المالك فحدث في يده ونقصها الضرب ضمن الغاصب الاكثر من نقصان الضرب ومما نقصها الزنا في قول أبي حنيفة عليه الرحمة وعندهما ليس عليه الا نقصان الزنا (وجه) قولهما ان النقصان حصل في يد المالك بسبب آخر ولابي حنيفة رحمه الله ان النقصان حصل بسبب كان في ضمان الغاصب فيضاف الى حين وجود السبب في يد الغاصب بسبب وجد في يده وهو الضرب فلا يكون مضمونا على الغاصب كما لو حصل في يد المالك فابو حنيفة رضي الله عنه نظر الى وقت وجود السبب وهما نظرا الى وقت ثبوت الحكم وهو النقصان ولهذا قال أبو حنيفة رحمه الله فيمن اشترى عبداً فوجده مباح الدم فقتل في يد المشتري انه ينتقض العقد و يرجع على البائع بكل القيمة وكذلك لو كان سارقا فقطع في يده رجع بنصف الثمن اعتباراً للسبب السابق وعندهما يقتصر الحكم على الحال و يكون في ضمان المشتري و يرجع على البائع بنقصان العيب فان قيل كيف يضاف النقصان الى سبب كان في ضمان الغاصب وذلك السبب لم يوجب ضربا جارحا فكيف يضاف نقصان الجرح اليه ولهذا قال أبو حنيفة رحمه الله في شهود الزنا اذا رجعوا بعد اقامة الجلدات انهم لا يضمنون نقصان الجرح لان شهادتهم لم توجب ضربا جارحا فلم يضف نقصان الجرح اليها كذا هذا قيل له ان النقصان لا يضاف الى السبب

السابق ههنا كما لا يضاف الى شهادة الشهود هناك الا انه وجب الضمان ههنا لان وجوب ضمان الغصب لا يقف على الفعل فيستند الضرب الى سبب كان فى يد الغاصب ولا يستند اليه أثره فيصير كانها ضربت فى يد الغاصب فانجرحت عند الضرب لا بالضرب ولو كان كذلك لضمن الغاصب كذا هذا وانما اعتبر الاكثر من نقصان الضرب ومن نقصان الزنا لما ذكرنا فيما تقدم ان النقصانين جميعا حصلا بسبب واحد فتعذر الجمع بين الضمانين فيجب الاكثر ويدخل الاقل فيه والله تعالى أعلم ولو كانت الجارية المغصوبة سرقت فى يد الغاصب فردها على المالك فقطعت عنده يضمن الغاصب نصف قيمتها فى قول أبى حنيفة رحمه الله وعندهما لا يضمن الا نقصان السرقة والكلام فى هذه المسألة فى الطرفين جميعا على نحو الكلام فى المسألة الاولى الا ان أبا حنيفة رحمه الله اعتبر نقصان القطع ههنا ولم يعتبر نقصان عيب السرقة واعتبر نقصان عيب الزنا هناك لان نقصان القطع يكون أكثر من نقصان السرقة ظاهرا وغالبا فدخل الاقل فى الاكثر بخلاف نقصان عيب الزنا لانه قد يكون أكثر من نقصان الضرب لذلك اختلف اعتباره والله سبحانه وتعالى أعلم ولو حمت الجارية المغصوبة فى يد الغاصب فردها على المولى فماتت فى يده من الحمى التى كانت فى يد الغاصب لم يضمن الغاصب الا ما نقصها الحمى فى قولهم جميعا لان الموت يحصل بالآلام التى لا تتحملها النفس وانها تحدث شيأ فشيأ الى ان يتناهى فلم يكن الموت حاصلا بسبب كان فى ضمان الغاصب فلا يضمن الا قدر نقصان الحمى ولو غصب جارية محمومة أو حبلى أو بها جراحة أو مرض آخر سوى الحمى فماتت من ذلك فى يد الغاصب فهو ضامن لقيمتها وبها ذلك فرق بين هذا وبين ما اذا ماتت فى يد المولى بحبل كان فى يد الغاصب حيث جعل هناك موتها فى يد المالك كموتها فى يد الغاصب ولم يجعل ههنا موتها فى يد الغاصب كموتها فى يد المالك (ووجه) الفرق ان الهلاك هناك حصل بسبب كان فى ضمان الغاصب وهو الحبل لانه يفضى اليه فاضيف اليه كانه حصل فى يده فتبين ان الرد لم يصح لعدم شرط الصحة على ما بينا والهلاك ههنا ان حصل بسبب كان فى يد المولى لكن لم يحصل بسبب كان فى ضمانه لان الحبل لم يكن مضمونا عليه فاذا غصبها فقد صارت مضمونة بالغصب لان انعقاد سبب الهلاك لا يمنع دخولها فى ضمان الغاصب لان وجوب ضمان الغصب لا يقف على فعل الغاصب فاذا هلكت فى يده تقرر الضمان لكن منقوصا عما بها من المرض ونحوه لانها لم تدخل فى ضمان الغصب الا كذلك والله سبحانه وتعالى أعلم وعلى هذا يخرج ما اذا غصب جارية سمينة فهزلت فى يد الغاصب ان عليه نقصان الهزال ولو عادت سمينة فى يده فردها لا شئ عليه لان نقصان الهزال انجبر بالسمن فصار كان لم يكن أصلا وكذا اذا قلعت سنها فى يده فنبتت فردها لانها لما نبتت ثانيا جعل كانها لم تقلع وكذا اذا قطعت يدها فى يده فردها مع الارش لما قلنا والله سبحانه وتعالى أعلم وعلى هذا يخرج نقصان الولادة انه مضمون على الغاصب لفوات جزء من المغصوب بالولادة الا اذا كان له جابر فينعدم الفوات من حيث المعنى وجملة الكلام فى الجارية المغصوبة اذا نقصتها الولادة ان الامر لا يخلو اما ان كان الام أو الولد جميعا قائمين فى يد الغاصب واما ان هلكا جميعا فى يده واما ان هلك أحدهما وبقى الآخر فان كانا قائمين ردهما على المغصوب منه ثم ينظر ان كان فى قيمة الولد وفاء لنقصان الولادة انجبر به ولا شئ على الغاصب وان لم يكن فى قيمته وفاء بالنقصان انجبر بقدره وضمن الباقى استحسانا وهو قول أصحابنا الثلاثة رضى الله عنهم والقياس ان لا يجوز وهو قول زفر والشافعى رحمهما الله ولو لم يكن فى الولد وفاء بالنقصان وقت الرد ثم [illegible]ل به وفاء بعد الرد لم يعتبر ذلك لان الزيادة لم تحصل فى ضمان الغاصب فلا تصلح لجبر النقصان وقالوا ان نقصان الحبل على هذا الخلاف بان غصب جارية حائلا فحملت فى يد الغاصب فردها الى المالك فولدت عنده ونقصتها الولادة وفى الولد وفاء لا يضمن الغاصب شيأ خلافا لزفر رحمه الله وعلى هذا الخلاف اذا بيعت بيعا فاسدا وهى حامل فولدت فى يد المشترى ونقصتها الولادة وفى الولد وفاء فرد المشترى الجارية مع الولد الى البائع انه لا يضمن شيأ خلافا لزفر وعلى هذا الخلاف اذا كان له جارية للتجارة فحال عليها الحول وقيمتها الف درهم فولدت فنقصتها الولادة مائتى درهم وفى الولد وفاء بالنقصان انه يبقى الواجب فى جميع الالف ولا يسقط منه شئ وعند

زفر رحمه الله يبقى فيما وراء النقصان و يسقط بقدره (وجه) قول زفر رحمه الله فى مسألة الغصب انه وجد سبب وجوب الضمان وهو النقصان فيجب الضمان جبراله لان ضمان الغصب ضمان جبر الفائت وقد حصل الفوات فلابد له من جابر والولد لا يصلح جابراله لان الفائت ملك المغصوب منه والولد ملكه أيضا ولا يعقل ان يكون ملك الانسان جابرا لملكه فلزم جبره بالضمان (ولنا) ان هذا نقصان صورة لامعنى فلا يكون مضمونا كنقصان السن والسمن والقطع وقدمر والدليل على ان هذا ليس نقصانا معنى ان سبب الزيادة والنقصان واحد وهو الولادة واتحاد سبب الزيادة والنقصان يمنع تحقق النقصان من حيث المعنى لان الزيادة مال متقوم مثل الفائت فالسبب الذى فوت أفاد له مثله من حيث المعنى فلم يحصل الفوات الا من حيث الصورة والصورة غير مضمونة بالقيمة فى ضمان العدوان وقد خرج الجواب عن قوله ان جبر ملكه بملكه غير معقول لان ماذكرنا يمنع تحقق النقصان من حيث المعنى فيمتنع تحقق الفوات من حيث المعنى فلا حاجة الى الجابر وان هلكا جميعاً فى يد الغاصب ضمن قيمة الام يوم غصب لتحقق الغصب فيها ولم يضمن قيمة الولد عندنا لانه غير مغصوب وعند الشافعى رحمه الله يضمن لوجود الغصب فيه وقدمرت المسئلة فى صدر الكتاب وان كان الغاصب قتل الولد أو باعه ضمن قيمته مع قيمة أمه لان الولد ان كان أمانة فى يد الغاصب عندنا فالامانة تصير مضمونة بوجود سبب الضمان فيها وقد وجد على ما بينا فيما تقدم فان كانت قيمة الام الف درهم فنقصتها الولادة مائة درهم والولد يساوى مائتين ضمن قيمة الام يوم الغصب الف درهم وضمن من الولد نصف قيمته مائة درهم يدخل ذلك النصف فى قيمة الام وان شئت ضمنته قيمة الام يوم ولدت وقيمة الولد بامه وكل ذلك سواء لان النقصان اذا انجبر بالولد كان الواجب من الضمان فى الحاصل الف ومائة فان اعتبرت قيمة الام تامة بقى نصف قيمة الولد وان اعتبرت قيمة الام تسعمائة بقى كل قيمة الولد وان هلك أحدهما و بقى الآخر فان هلك الولد قبل الرد رد الام وضمن نقصان الولادة وليس عليه ضمان الولد عندنا لانه هلك أمانة فان هلكت الام و بقى الولد ضمن قيمة الام يوم غصب ورد الولد ولا تجبر الام بالولد وان كان فى قيمة الولد وفاء بقيمة الام بخلاف ضمان النقصان انه يجبر بالولد لان الجبر هناك لاتحاد سبب النقصان والزيادة وهو الولادة ولم توجد ههنا لان الولادة سبب لحصول الولد وليست سبباً لهلاك الام لانها لاتفضى الى الهلاك غالباً فلم يتحد السبب فيتعذر الجبر والله سبحانه وتعالى أعلم وعلى هذا يخرج ما اذا غصب ثوبا فقطعه ولم يخطه ان للمغصوب منه ان يضمنه النقصان غير ان النقصان ان كان يسيراً لا خيار للمغصوب منه وليس له الا ضمان النقصان لان ذلك نقص وتعييب فيوجب ضمان نقصان العيب وان كان فاحشاً بان قطعه قباء أو قميصا فهو بالخيار ان شاء أخذه مقطوعا وضمنه ما نقصه القطع وان شاء تركه عليه وضمنه قيمة ثوب غير مقطوع لان القطع الفاحش يفوت بعض المنافع المطلوبة من الثوب ألا ترى انه لا يصلح لما كان يصلح له قبل القطع فكان استهلاكاله من وجه فيثبت له الخيار وكذلك لو غصب شاة فذبحها ولم يشوها ولا طبخها فالمغصوب منه بالخيار ان شاء أخذ الشاة وضمنه نقصان الذبح وان شاء تركها عليه وضمنه قيمتها يوم الغصب كذا ذكر فى الاصل وسواء سلخها الغاصب وأربها أولا بعد ان لم يكن شواها ولا طبخها وروى الحسن عن أبى حنيفة رحمهما الله أنه ان شاء أخذ الشاة ولا شئ له غيرها وان شاء ضمنه قيمتها يوم الغصب (وجه) هذه الرواية ان ذبح الشاة ان كان نقصانا صورة فهو زيادة من حيث المعنى لان المقصود من الشاة اللحم والذبح وسيلة الى هذا المقصود فلم يكن نقصانا بل كان زيادة حيث رفع عنه مؤنة الوسيلة فكان الغاصب محسنا فى الذبح وقد قال الله تبارك وتعالى ما على المحسنين من سبيل فاذا اختار أخذ اللحم لا يلزمه شئ آخر الا انه ثبت له خيار الترك عليه و يضمنه القيمة لفوات مقصود ما فى الجملة (وجه) رواية الاصل ان الشاة كما يطلب منها اللحم يطلب منها مقاصد أخر من الدر والنسل والتجارة فكان الذبح تفويتاً لبعض المقاصد المطلوبة منها فكان تنقيصا لها واستهلاكا من وجه فيثبت له خيار تضمين النقصان وخيار تضمين القيمة كما فى مسألة الثوب وعلى هذا

الاصل

الاصل يخرج ما اذا غصب من انسان عينا من ذوات القيم أو من ذوات الامثال و نقلها الى بلدة أخرى فالتقيا والعين
فى يد الغاصب وقيمتها فى ذلك المكان أقل من قيمتها فى مكان الغصب ان للمغصوب منه ان يطالبه فى ذلك المكان
بقيمتها التى فى مكان الغصب لان قيم اعيان تختلف باختلاف الاماكن بالزيادة والنقصان فاذا نقلها الى ذلك المكان
وقيمتها فيه أقل من قيمتها فى مكان الغصب فقد نقصها من حيث المعنى بالنقل فلو أجبر على أخذ العين لتضرر به من جهة
الغاصب فيثبت له الخيار ان شاء طالبه بالقيمة التى فى مكان الغصب وان شاء انتظر العود الى مكان الغصب بخلاف
ما اذا وجده فى البلد الذى غصبه فيه وقد انتقص السعر انه لا يكون له خيار لان النقصان هناك ما حصل بصنعه لانه
حصل بتغير السعر ولا صنع للعبد فى ذلك بل هو محض صنع الله عز وجل أعنى مصنوعه فلم يكن مضموناً عليه ولو كانت
قيمة العين فى المكان المنقول اليه مثل قيمتها فى مكان الغصب أو أكثر ليس له ولاية المطالبة بالقيمة لان الحكم الاصلى
للغصب هو وجوب رد العين حال قيام العين والمصير الى القيمة لدفع الضرر وههنا يمكن الوصول الى العين من غير ضرر
يلزمه فلا يملك العدول الى القيمة ولو كان المغصوب دراهم أو دنانير فليس له ان يطالبه بالقيمة وان اختلف السعر لان
الدراهم والدنانير جعلت أثمان الاشياء ومعنى الثمنية لا يختلف باختلاف الاماكن عادة لانه ليس لها حمل ومؤنة لعزتها
وقلتها عادة فلم يكن النقل نقصانا لها باختلاف الاماكن للحاجة الى الحمل والمؤنة ولم يوجد فلم يكن له ولاية المطالبة بالقيمة
وله ان يطالبه برد عينها لانه هو الحكم الاصلى للغصب والمصير الى القيمة لعارض العجز او الضرر ولم يوجد هذا اذا
كانت العين المغصوبة قائمة فى يد الغاصب فاما اذا كانت هالكة فالتقيا فان كانت من ذوات القيم أخذ قيمتها التى كانت
وقت الغصب لانها اذا هلكت تبين ان الغصب السابق وقع اتلافا من حين وجوده والحكم يثبت من حين وجود
سببه وان كان من ذوات الامثال ينظر ان كان سعرها فى المكان الذى التقيا فيه أقل من سعرها فى مكان الغصب
فالمغصوب منه بالخيار ان شاء أخذ القيمة التى للعين فى مكان الغصب وان شاء انتظر ولا يجبر على أخذ المثل فى هذا
المكان لما ذكرنا انه نقص العين بالنقل الى هذا المكان لما بينا ان اختلاف قيمة الاشياء التى لها حمل ومؤنة يختلف
باختلاف المكان لمكان الحمل والمؤنة فالجبر على الاخذ فى هذا المكان يكون اضرارا به فيثبت له الخيار ان شاء
أخذ القيمة وان شاء انتظر كما لو كانت العين قائمة وقيمتها فى هذا المكان أقل وان كانت قيمتها فى هذا المكان مثل
قيمتها فى مكان الغصب كان للمغصوب منه ان يطالبه بالمثل لانه لا ضرر فيه على أحد وان كانت قيمتها فى
مكان الخصومة أكثر من قيمتها فى مكان الغصب فالغاصب بالخيار ان شاء أعطى المثل فى مكان الخصومة وان
شاء أعطى القيمة فى مكان الغصب لان فى الزام تسليم المثل فى مكان الخصومة ضرراً بالغاصب وفى التأخير الى
العود الى مكان الغصب ضرراً بالمغصوب منه فيسلم اليه فى هذا المكان القيمة التى له فى مكان الغصب الا ان
يرضى المغصوب منه بالتأخير والله سبحانه وتعالى أعلم وان كان المغصوب من أموال الربا لا يجوز بيعه بجنسه
متفاضلا كالمكيلات والموزونات فانتقص فى يد الغاصب بصنعه أو بغير صنعه فليس للمغصوب منه
أن يأخذه منه و يضمنه قيمة النقصان لانه يؤدى الى الربا وعلى هذا يخرج ما اذا غصب حنطة فعفنت فى يد
الغاصب أو ابتلت أو صب الغاصب فيها ماء فانتقصت قيمتها ان صاحبها بالخيار ان شاء أخذها بعينها
ولا شىء له غيرها وان شاء تركها على الغاصب وضمنه مثل ما غصبت وليس له ان يأخذها و يضمنه النقصان وهذا
عندنا وعند الشافعى رحمه الله له ذلك بناء على ان الجودة بانفرادها لا قيمة لها فى أموال الربا عندنا وعنده لها قيمة
والمسألة مرت فى كتاب البيوع واذا لم تكن متقومة لا تكون مضمونة لان المضمون هو المال المتقوم ولانها اذا لم
تكن متقومة تؤدى الى الربا ولو غصب درهماً صحيحا أو ديناراً صحيحا فانكسر فى يده أو كسره ان كان فى موضع
لا يتفاوت الصحيح والمكسر فى القيمة لا شىء على الغاصب وان كان فى موضع يتفاوت فصاحبها بالخيار ان
شاء أخذه بعينه ولا شىء له غيره وان شاء تركه عليه وضمنه مثل ما أخذ وليس له ان يأخذه بعينه و يضمنه

النقصان عندنا خلافا للشافعي رحمه الله بناء على الاصل الذي ذكرنا وان كان المغصوب اناء فضة أو ذهب فانهشم في يد الغاصب أو هشمه فالمالك بالخيار ان شاء أخذه بعينه ولا شيء له غيره وان شاء ضمنه قيمته من خلاف الجنس لان الجودة لا قيمة لها بانفرادها فاما مع الاصل فمتقومة خصوصا اذا حصلت بصنع العباد فلا بد من التضمين والتضمين بالمثل غير ممكن لانه لا مثل له فوجب التضمين بالقيمة ثم لا سبيل الى تضمينه بجنسه لانه يؤدي الى الربا فلزم تضمينه بخلاف جنسه بخلاف الدراهم والدنانير لان هناك ايجاب المثل ممكن وهو الاصل في الباب فلا يعدل عن الاصل من غير ضرورة ولو قضى عليه بالقيمة من خلاف الجنس ثم تفرقا قبل التقابض من الجانبين لا يبطل القضاء عند أصحابنا الثلاثة رضي الله عنهم لان القيمة قامت مقام العين وعند زفر رحمه الله يبطل لانه صرف وكذلك آنية الصفر والنحاس والشبة والرصاص ان كانت تباع وزنا فهي وآنية الذهب والفضة سواء لانها اذا كانت تباع وزنا لم تخرج بالصناعة عن حد الوزن فكانت موزونة فكانت من أموال الربا كالذهب والفضة فاذا انهشمت في يد الغاصب نفسه أو غيره فحدث فيها عيب فاحش أو يسير ان شاء أخذه كذلك ولا شيء له غيره وان شاء تركه عليه بالقيمة من الدراهم والدنانير ولا يكون التقابض فيه شرطا بالاجماع وكذلك هذا الحكم في كل مكيل وموزون اذا نقص من وصفه لا من الكيل والوزن وان كانت تباع عددا فانكسرت أو كسرت ان كان ذلك لم يورث فيه عيبا فاحشا فليس لصاحبه فيه خيار الترك ولكنه يأخذها ويضمنه نقصان القيمة وان كان أورث عيبا فاحشا فصاحبها بالخيار ان شاء أخذها وأخذ قيمة النقصان وان شاء تركها عليه وضمنه قيمتها صحيحا وعلى هذا يخرج ما اذا غصب عصيرا فصار خلا في يده أو لبنا حليبا فصار مخيضا أو عنبا فصار زبيبا أو رطبا فصار تمرا ان المغصوب منه بالخيار ان شاء أخذ ذلك الشيء بعينه ولا شيء له غيره لان هذه من أموال الربا فلم تكن الجودة فيها بانفرادها متقومة فلا تكون متقومة وان شاء تركه على الغاصب وضمنه مثل ما غصب لما ذكرنا فيما تقدم وأما طريق معرفة النقصان فهو ان يقوم صحيحا ويقوم وبه العيب فيجب قدر ما بينهما لانه لا يمكن معرفة قدر النقصان الا بهذا الطريق والله سبحانه وتعالى أعلم وأما الذي يتعلق بحال زيادة المغصوب فنقول وبالله التوفيق اذا احدثت زيادة في المغصوب في يد الغاصب فالزيادة لا تخلو اما ان كانت منفصلة عن المغصوب واما ان كانت متصلة به فان كانت منفصلة عنه أخذها المغصوب منه مع الاصل ولا شيء عليه للغاصب سواء كانت متولدة من الاصل كالولد والثمرة واللبن والصوف أو ما هو في حكم المتولد كالارش والعقر أو غير متولدة منه أصلا كالكسب من الصيد والهبة والصدقة ونحوها لان المتولد منها نماء ملكه فكان ملكه وما هو في حكم المتولد بدل جزء مملوك أو بدل ماله حكم الجزء فكان مملوكا له وغير المتولد كسب ملكه فكان ملكه وأما بدل المنفعة وهو الاجرة بان آجر الغاصب المغصوب يملكه الغاصب عندنا ويتصدق به خلافا للشافعي رحمه الله بناء على ان المنافع ليست باموال متقومة بانفسها عندنا حتى لا تضمن بالغصب والاتلاف وانما تتقوم بالعقد وانه وجد من الغاصب وعنده هي أموال متقومة بانفسها مضمونة بالغصب والاتلاف كالاعيان وقد ذكرنا المسئلة فيما تقدم والله سبحانه وتعالى أعلم وان كانت متصلة به فان كانت متولدة كالحسن والجمال والسمن والكبر ونحوها أخذها المالك مع الاصل ولا شيء عليه للغاصب لانها نماء ملكه وان كانت غير متولدة منه ينظر ان كانت الزيادة عين مال متقوم قائم في المغصوب وهو تابع للمغصوب فالمغصوب منه بالخيار على ما نذكر ان شاء الله تعالى وان لم تكن عين مال متقوم قائم أخذها المغصوب منه ولا شيء للغاصب وان كانت عين مال متقوم ولكنه ليس بتبع للمغصوب بل هي أصل بنفسها تزول عن ملك المغصوب منه وتصير ملكا للغاصب للضمان وبيان هذا في مسائل اذا غصب من انسان ثوبا فصبغه الغاصب بصبغ نفسه فان صبغه أحمر أو اصفر بالعصفر والزعفران وغيرهما من الالوان سوى السواد فصاحب الثوب بالخيار ان شاء أخذ الثوب من الغاصب واعطاه ما زاد الصبغ فيه اما ولاية اخذ الثوب فلان الثوب ملكه لبقاء اسمه ومعناه واما ضمان ما زاد الصبغ فيه فلان للغاصب عين مال متقوم قائم فلا سبيل الى ابطال

ملكه

ملكه عليه من غير ضمان فكان الاخذ بضمان رعاية للجانبين وان شاء ترك الثوب على الغاصب وضمنه قيمة ثوبه ابيض يوم الغصب لانه لا سبيل الى جبره على اخذ الثوب اذ لا تمكنه اخذه الا بضمان وهو قيمة مازاد الصبغ فيه ولا سبيل الى جبره على الضمان لانعدام مباشرة سبب وجوب الضمان منه وقيل له خيار ثالث وهو ان له ترك الثوب على حاله وكان الصبغ فيه للغاصب فيباع الثوب و يقسم الثمن على قدر حقهما كما اذا انصبغ لا بفعل أحد لان الثوب ملك المغصوب منه والصبغ ملك الغاصب والتميز متعذر فصارا شريكين فى الثوب فيباع الثوب و يقسم الثمن بينهما على قدر حقيهما وانما كان الخيار للمغصوب منه لا للغاصب وان كان للغاصب فيه ملك أيضاً وهو الصبغ لان الثوب أصل والصبغ تابع له فتخيير صاحب الاصل أولى من ان يخير صاحب التبع وليس للغاصب ان يحبس الثوب بالعصفر لانه صاحب تبع وان صبغه اسود اختلف فيه قال أبو حنيفة رحمه الله صاحب الثوب بالخيار ان شاء تركه على الغاصب وضمنه قيمة ثوبه أبيض وان شاء أخذ الثوب ولا شئ للغاصب بل يضمنه النقصان وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله السواد وسائر الالوان سواء وهذا بناء على أن السواد نقصان عند أبى حنيفة رضى الله عنه لانه يحرق الثوب فينقصه وعندهما زيادة كسائر الالوان وقيل انه لا خلاف بينهم فى الحقيقة وجواب أبى حنيفة رحمه الله فى سواد ينقص وجوابهما فى سواد يزيد وقيل كان السواد يعد نقصا نا فى زمنه و زمنهما كان يعد زيادة فكان اختلاف زمان والله سبحانه وتعالى أعلم وأما العصفر اذا نقص الثوب بأن كانت قيمة الثوب ثلاثين فعادت قيمته بالصبغ الى عشرين فانه ينظر الى قدر مازيد هذا الصبغ لو كان فى ثوب يزيد هذا الصبغ قيمته ولا ينقص فان كان يزيده قدر خمسة دراهم فصاحب الثوب بالخيار ان شاء ترك الثوب على الغاصب وضمنه قيمة الثوب أبيض ثلاثين درهما وان شاء أخذ الثوب وأخذ من الغاصب خمسة دراهم كذا قال محمد رحمه الله لان العصفر نقص من هذا الثوب عشرة دراهم الا أن بقدر خمسة فيه صبغ فانجبر نقصان الخمسة به أو صارت الخمستان قصاصاً و بقى نقصان خمسة دراهم فيرجع عليه بخمسة وكذلك السواد على هذا والله سبحانه وتعالى أعلم ولو صبغ الثوب المغصوب بعصفر نفسه و باعه وغاب ثم حضر صاحب الثوب يقضى له بالثوب و يستوثق منه بكفيل أما القضاء بالثوب لصاحب الثوب فلما ذكرنا ان الثوب أصل والصبغ تابع له فكان صاحب الثوب صاحب أصل فكان اعتبار جانبه أولى وأما الاستيثاق بكفيل فلان للغاصب فيه عين مال متقوم قائم ولو وقع الثوب المغصوب فى صبغ انسان فصبغ به أو هبت الريح بثوب انسان فالقته فى صبغ غيره فانصبغ به فان كان الصبغ عصفرا أو زعفرانا فصاحب الثوب بالخيار ان شاء أخذ الثوب وأعطاه مازاد الصبغ فيه لما مر وان شاء امتنع لما ذكرنا انه لا سبيل الى جبره على الضمان لانعدام مباشرة سبب وجوب الضمان منه فيباع الثوب فيضرب كل واحد منهما بحقه فيضرب صاحب الثوب بقيمة ثوبه أبيض لان حقه فى الثوب الابيض وصاحب الصبغ يضرب بقيمة الصبغ فى الثوب وهو قيمة مازاد الصبغ فيه لان حقه فى الصبغ القائم فى الثوب لا فى الصبغ المنفصل وانما ثبت الخيار لصاحب الثوب لا للغاصب لما بينا وان كان سواداً أخذه صاحب الثوب ولا شئ عليه من قيمة الصبغ بل يضمنه النقصان ان كان غاصباً لان النقصان حصل فى ضمانه وهذا قول أبى حنيفة رحمه الله وعندهما حكمه حكم سائر الالوان على ما بينا والله سبحانه وتعالى أعلم وكذلك السمن يخلط بالسويق المغصوب أو يخلط به فالسويق بمنزلة الثوب والسمن بمنزلة الصبغ لان السويق أصل والسمن كالتابع له ألا ترى انه يقال سويق ملتوت ولا يقال سمن ملتوت وأما العسل اذا خلط بالسمن أو اختلط به فكلاهما أصل واذا خلط المسك بالدهن أو اختلط به فان كان يزيد الدهن و يصلحه كان المسك بمنزلة الصبغ وان كان دهنا لا يصلح بالخلط ولا تزيد قيمته كالادهان المنتنة فهو هالك ولا يعتد به والله سبحانه وتعالى أعلم ولو غصب من انسان ثوبا ومن انسان صبغاً فصبغه به ضمن لصاحب الصبغ صبغا مثل صبغه لانه أتلف عليه صبغه وهو من ذوات الامثال فيكون مضمونا بالمثل فبعد ذلك حكمه

وحكم ما اذا اصبغ الثوب المغصوب بصبغ نفسه سواء لانه ملك الصبغ بالضمان وقد بينا ذلك ولو غصب من انسان ثوبا ومن آخر صبغا فصبغه فيه ثم غاب ولم يعرف فهذا وما اذا انصبغ بغير فعل أحد سواء استحسانا والقياس ان لا يكون لصاحب الصبغ على صاحب الثوب سبيل (وجه) القياس ما ذكرنا ان الصبغ صار مضمونا عليه لوجود الاتلاف منه فملكه بالضمان وزال عنه ملك صاحبه (وجه) الاستحسان انه اذا غاب الغاصب على وجه لا يعرف لا يمكن اعتبار فعله فى ادارة الحكم عليه فيجعل كانه حصل لا بصبغ أحد ولو غصب ثوبا وعصفرا من رجل واحد فصبغه به فالمغصوب منه يأخذ الثوب مصبوغا ويبرى الغاصب من الضمان فى العصفر والثوب استحسانا والقياس ان يضمن الغاصب عصفرا مثله ثم يصير كانه صبغ ثوبه بعصفر نفسه فيثبت الخيار لصاحب الثوب لما ذكرنا انه أتلف عليه عصفره وملكه بالضمان فهذا رجل صبغ ثوبا بعصفر نفسه فيثبت الخيار لصاحب الثوب (وجه) الاستحسان ان المغصوب منه واحد فالغاصب خلط مال المغصوب منه بماله وخلط مال الانسان بماله لا يعد استهلاكا له بل يكون نقصانا فاذا اختار أخذ الثوب فقد أبرأه عن النقصان ولو كان العصفر لرجل والثوب لآخر فرضيا أن يأخذاه كما يأخذ الواحد ان لو كان اله فليس لهما ذلك لان المالك ههنا اختلف فكان الخلط استهلاكا والله سبحانه وتعالى أعلم ولو غصب انسان عصفرا وصبغ به ثوب نفسه ضمن عصفرا مثله لانه استهلك عليه عصفره وله مثل فيضمن مثله وليس لصاحب العصفر أن يحبس الثوب لان الثوب أصل والعصفر تبع له والسواد فى هذا بمنزلة العصفر فى قول أبى حنيفة رضى الله عنه أيضا لان هذا ضمان الاستهلاك والالوان كلها فى حكم ضمان الاستهلاك سواء والله سبحانه وتعالى أعلم ولو غصب دارا فجصصها ثم ردها قيل لصاحبها اعطه ما زاد التجصيص فيها الا أن يرضى صاحب الدار أن يأخذ الغاصب جصه لان للغاصب فيها عين مال متقوم قائم وهو الجص فلا يجوز ابطال حقه عليه من غير عوض فيخير صاحب الدار لانه صاحب أصل فان شاء أخذها وغرم للغاصب ما زاد التجصيص فيها وان شاء رضى بأن يأخذ جصه ولو غصب مصحفا فنقطه روى عن أبى يوسف رحمه الله أن لصاحبه أخذه ولا شئ عليه وقال محمد رحمه الله صاحبه بالخيار ان شاء أعطاه ما زاد النقط فيه وان شاء ضمنه قيمته غير منقوط (وجه) قوله ان النقط زيادة فى المصحف فأشبه الصبغ فى الثوب (وجه) ما روى عن أبى يوسف أن النقط أعيان لا قيمة لها فلم يكن للغاصب فيه عين مال متقوم قائم بقى مجرد عمله وهو النقط ومجرد العمل لا يتقوم الا بالعقد ولم يوجد ولان النقط فى المصحف مكروه ألا ترى الى ما روى عنه عليه الصلاة والسلام انه قال جردوا القرآن واذا كان التجرد مندوبا اليه كان النقط مكروها فلم يكن زيادة فكان لصاحب المصحف أخذه ولو غصب حيوانا فكبر فى يده أو سمن أو ازدادت قيمته بذلك فلصاحبه ان يأخذه ولا شىء عليه للغاصب لانه ليس للغاصب فيه عين مال متقوم قائم وانما الزيادة نماء ملك المالك وكذلك لو غصب جريحا أو مريضا فداواه حتى برأ أو صح لما قلنا ولا يرجع الغاصب على المالك بما انفق لانه أنفق على مال الغير بغير اذنه فكان متبرعا وكذلك لو غصب أرضا فيها زرع أو شجر فسقاه الغاصب وأنفق عليه حتى انتهى بلوغه وكذلك لو كان نخلا اطلع فابره ولقحه وقام عليه فهو للمغصوب منه ولا شىء للغاصب فيما أنفق لما قلنا ولو كان حصد الزرع فاستهلكه أو جد من الثمر شيأ أو جز الصوف أو حلب كان ضامنا لانه أتلف مال الغير بغير اذنه فيضمن ولو غصب ثوبا ففتله أو غسله أو قصره فلصاحبه أن يأخذه ولا شىء للغاصب لانه ليس للغاصب عين مال متقوم قائم فيه أما الفتل فانه تغيير الثوب من صفة الى صفة (وأما) الغسل فانه ازالة الوسخ عن الثوب واعادة له فى الحالة الاولى والصابون أو الحرض فيه يتلف ولا يبقى وأما القصارة فانها تسوية أجزاء الثوب فلم يحصل فى المغصوب زيادة عين مال متقوم قائم فيه ولو غصب من مسلم خمرا فخللها فلصاحبها أن يأخذ الخل من غير شىء لان الخل ملكه لان الملك كان ثابتا له فى الخمر واذا صار خلا حدث الخل على ملكه وليس للغاصب فيه عين مال متقوم قائم لان الملح الملقى فى الخمر يتلف فيها فصار كالو تخللت بنفسها فى يده ولو كان كذلك لاخذه من غير شىء كذا

هذا

هذا وقيل موضوع المسئلة انه خللها بالنقل من الظل الى الشمس لا بشىء له قيمة وهو الصحيح وعلى هذا يخرج ما اذا غصب جلد ميتة ودبغه انه ان دبغه بشىء لا قيمة له كالماء والتراب والشمس كان لصاحبه ان يأخذه ولا شىء عليه للغاصب لان الجلد كان ملكه وبعد ما صار مالا بالدباغ بقى على حكم ملكه وليس لصاحبه فيه عين مال متقوم قائم انما فيه مجرد فعل الدباغ ومجرد العمل لا يتقوم الا بالعقد ولم يوجد هذا اذا أخذه من منزله فدبغه فاما اذا كانت الميتة ملقاة على الطريق فأخذ جلدها فدبغه فلا سبيل له على الجلد لان الالقاء فى الطريق اباحة للاخذ كالقاء النوى وقشور الرمان على قوارع الطرق ولو هلك الجلد المغصوب بعد ما دبغه بشىء لا قيمة له لا ضمان عليه لان الضمان لو وجب عليه اما ان يجب بالغصب السابق واما ان يجب بالاتلاف لا سبيل الى الاول لانه لا قيمة له وقت الغصب ولا سبيل الى الثانى لانه لم يوجد الاتلاف من الغاصب وان استهلكه يضمن بالاجماع لانه كان ملكه قبل الدباغ وبعد ما صار مالا بالدباغ بقى على حكم ملكه لا حق للغاصب فيه واتلاف مال مملوك للغير بغير اذنه لا حق له فيه يوجب الضمان ولو دبغه بشىء متقوم كالقرظ والعفص ونحوهما فلصاحبه أن يأخذه ويغرم له ما زاد الدباغ فيه لانه ملك صاحبه وللغاصب فيه عين ملك متقوم قائم فلزم مراعاة الجانبين وذلك فيما قلنا وليس له ان يضمنه قيمة الجلد لانه لو ضمنه قيمته لضمنه يوم الغصب ولم يكن له قيمة يوم الغصب ولو هلك فى يده بعد ما دبغه لا ضمان عليه لما بينا ولو استهلكه فكذلك عند أبى حنيفة رضى الله عنه وذكر فى ظاهر الرواية أن على قولهما يضمن قيمته مدبوغا ويعطيه المالك ما زاد الدباغ فيه وذكر الطحاوى رحمه الله فى مختصره ان عندهما يغرم قيمته ان لو كان الجلد ذكيا غير مدبوغ (وجه) قولهما انه أتلف مالا متقوما مملوكا بغير اذن مالكه فيوجب الضمان كما اذا دبغه بشىء لا قيمة له فاستهلكه وانما قلنا ذلك أما المالية والتقوم فلان الجلد بالدباغ صار مالا متقوما (وأما) الملك فلانه كان ثابتا له قبل الدباغ وبعده بقى على حكم ملكه ولهذا وجب عليه الضمان فيما اذا دبغه بما لا قيمة له كذا هذا ولابى حنيفة رضى الله عنه ان التقوم حدث بصنع الغاصب فلا يجب الضمان عليه لان الاصل ان الحادث بفعل الانسان يكون حقا له فلا يمكن ايجاب الضمان عليه فالتحق هذا الوصف بالعدم فكان هذا اتلاف مال لا قيمة له من حيث المعنى فلا يجب الضمان ولان تقوم الجلد تابع لما زاد الدباغ فيه لانه حصل بالدباغ وما زاد الدباغ مضمون فيه فكذا ما هو تابع له يكون ملحقا به والمضمون ببدل لا يضمن بالقيمة عند الاتلاف كالمبيع قبل القبض بخلاف ما اذا دبغه بشىء لا قيمة له لان هناك ما زاد الدباغ فيه غير مضمون فلم يوجد الاصل فلا يلحق به غيره وان كان الجلد ذكيا فدبغه فان دبغه بما لا قيمة له فلصاحبه ان يأخذه ولا شىء عليه لما ذكرنا انه ملك صاحبه وليس للغاصب فيه عين مال متقوم قائم وليس له ان يضمن الغاصب شيأ لان الجلد قائم لم ينتقص ولو دبغه بما له قيمة فصاحبه بالخيار ان شاء ضمنه قيمته غير مدبوغ وان شاء أخذه وأعطاه ما زاد الدباغ فيه لما ذكرنا فى الثوب المغصوب اذا صبغه أصفر أو أحمر بصبغ نفسه ولو ان الغاصب جعل هذا الجلد أديما أو زقا أو دفترا أو جرابا أو فروا لم يكن للمغصوب منه على ذلك سبيل لانه صار شيأ آخر حيث تبدل الاسم والمعنى فكان استهلاكا له معنى ثم ان كان الجلد ذكيا فله قيمته يوم الغصب وان كان ميتة فلا شىء ٭ ولو غصب عصير المسلم فصار خمرا فى يده أو خلا ضمن عصيرا مثله لانه هلك فى يده بصيرورته خمرا أو خلا والعصير من ذوات الامثال فيكون مضمونا بالمثل والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما حكم اختلاف الغاصب والمغصوب منه اذا قال الغاصب هلك المغصوب فى يدى ولم يصدقه المغصوب منه ولا بينة للغاصب فان القاضى يحبس الغاصب مدة لو كان قائما لاظهره فى تلك المدة ثم يقضى عليه بالضمان لما قلنا فيما تقدم ان الحكم الاصلى للغصب هو وجوب رد عين المغصوب والقيمة خلف عنه فما لم يثبت العجز عن الاصل لا يقضى بالقيمة التى هى خلف ولو اختلفا فى أصل الغصب أو فى جنس المغصوب ونوعه أو قدره أو صفته أو قيمته وقت الغصب فالقول فى ذلك كله قول الغاصب لان المغصوب منه يدعى عليه الضمان وهو ينكر فكان القول قوله

اذ القول فى الشرع قول المنكر ولو أقر الغاصب بما يدعى المغصوب منه وادعى الرد عليه لا يصدق الا ببينة لان الاقرار بالغصب اقرار بوجود سبب وجود الضمان منه فهو بقوله رددت عليك يدعى انفساخ السبب فلا يصدق من غير بينة وكذلك لو ادعى الغاصب ان المغصوب منه هو الذى أحدث العيب فى المغصوب لا يصدق الا ببينة لان الاقرار بوجود الغصب منه اقرار بوجود الغصب بجميع أجزائه فى ضمانه فهو يدعى احداث العيب من المغصوب منه ويدعى خروج بعض أجزائه عن ضمانه فلا يصدق الا ببينة ولو أقام المغصوب منه البينة أنه غصب الدابة ونفقت عنده وأقام الغاصب البينة انه ردها اليه وانها نفقت عنده فلا ضمان عليه لان من الجائز ان شهود المغصوب منه اعتمدوا فى شهادتهم على استصحاب الحال لما انهم علموا بالغصب وما علموا بالرد فبنوا الامر على ظاهر بقاء المغصوب فى يد الغاصب الى وقت الهلاك وشهود الغاصب اعتمدوا فى شهادتهم بالرد حقيقة الامر وهو الرد لانه أمر لم يكن فكانت الشهادة القائمة على الرد أولى كما فى شهود الجرح مع شهود التزكية وروى عن أبى يوسف رحمه الله ان الغاصب ضامن والله تعالى أعلم ولو أقام المغصوب منه البينة أنه غصب منه هذا العبد ومات عنده وأقام الغاصب البينة ان العبد مات فى يد مولاه قبل الغصب لم ينتفع بهذه الشهادة لان موته فى يد مولاه قبل الغصب لا يتعلق به حكم فلم تقبل الشهادة عليه والتحقت بالعدم فيجب العمل بشهادة شهود المغصوب منه ولان من الجائز ان شهود الغاصب اعتمدوا استصحاب الحال وهو حال اليد التى كانت عليه للمولى لجواز انهم علموها ثابتة ولم يعلموا بالغصب وظنوا تلك اليد قائمة فاستصحبوها وشهود المغصوب منه اعتمدوا فى شهادتهم تحقق الغصب فكانت شهادتهم أولى بالقبول ولو أقام المغصوب منه البينة ان الغاصب غصب هذا العبد يوم النحر بالكوفة وأقام الغاصب البينة انه كان يوم النحر بمكة هو والعبد فالضمان واجب على الغاصب لان بينة الغاصب لا يتعلق بها حكم فالتحقت بالعدم فبقيت بينة المغصوب منه بلا معارض فلزم العمل بها وقال محمد رحمه الله فى الاملاء اذا أقام الغاصب البينة أنه مات فى يد المغصوب منه وأقام المغصوب منه البينة أنه مات فى يد الغاصب فالبينة بينة الغاصب لما ذكرنا ان بينته قامت على اثبات أمر لم يكن وهو الرد وبينة المغصوب منه قامت على ابقاء ما كان على ما كان وهو الغصب فكانت بينة الرد أولى والله سبحانه وتعالى أعلم ولو أقام المغصوب منه البينة ان الدابة نفقت عند الغاصب من ركوبه وأقام الغاصب البينة أنه ردها اليه فالبينة بينة المغصوب منه وعلى الغاصب القيمة لان بينة الغاصب لا تدفع بينة المغصوب منه لانها قامت على رد المغصوب ومن الجائز أنه ردها ثم غصبها ثانياً وركبها فنفق فى يده فأمكن الجمع بين البينتين وكذلك لو شهد شهود صاحب الدابة ان الغاصب قتلها وشهد شهود الغاصب أنه ردها اليه لما قلنا كما اذا قال رجل لآخر غصبنا منك ألفاً ثم قال كنا عشرة قال أبو يوسف رحمه الله لا يصدق وقال زفر رحمه الله يصدق (وجه) قوله ان قوله غصبنا منك حقيقة للجمع والعمل بحقيقة اللفظ واجب وفى الحمل على الواحد ترك للعمل بالحقيقة فيصدق (وجه) قول أبى يوسف ان العمل بالحقيقة واجب ما أمكن وههنا لا يمكن لان قوله غصبنا اخبار عن وجود الغصب من جماعة مجهولين فلو عملنا بحقيقته لالغينا كلامه ولا شك ان العمل بالمجاز أولى من الالغاء والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما مسائل الاتلاف فالكلام فيها ان الاتلاف لا يخلو اما ان ورد على بنى آدم واما ان ورد على غيرهم من البهائم والجمادات فان ورد على بنى آدم فحكمه فى النفس وما دونها نذكره فى كتاب الجنايات ان شاء الله تعالى وان ورد على غير بنى آدم فانه يوجب الضمان اذا استجمع شرائط الوجوب فيقع الكلام فيه فى ثلاثة مواضع فى بيان كونه سببا لوجوب الضمان وفى بيان شروط وجوب الضمان وفى بيان ماهية الضمان الواجب (أما) الاول فلا شك ان الاتلاف سبب لوجوب الضمان عند استجماع شرائط الوجوب لان اتلاف الشئ اخراجه من أن يكون منتفعاً به منفعة مطلوبة منه عادة وهذا اعتداء واضرار وقد قال الله سبحانه وتعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل

مااعتدى عليكم وقال عليه الصلاة والسلام لاضرر ولااضرار فى الاسلام وقد تعذر نفى الضرر من حيث الصورة فيجب نفيه من حيث المعنى بالضمان ليقوم الضمان مقام المتلف فينتفى الضرر بالقدر الممكن ولهذا وجب الضمان بالغصب فبالاتلاف أولى لانه فى كونه اعتداء واضراراً فوق الغصب فلما وجب بالغصب فلان يجب بالاتلاف أولى سواء وقع اتلافاله صورة ومعنى باخراجه عن كونه صالحاً للانتفاع أو معنى باحداث معنى فيه يمنع من الانتفاع به مع قيامه فى نفسه حقيقة لان كل ذلك اعتداء واضرار وسواء كان الاتلاف مباشرة بايصال الآلة بمحل التلف أو تسبيباً بالفعل فى محل يفضى الى تلف غيره عادة لان كل واحد منهما يقع اعتداء واضراراً فيوجب الضمان وبيان ذلك فى مسائل اذا قتل دابة انسان أو أحرق ثوبه أو قطع شجرة انسان أو أراق عصيره أو هدم بناءه ضمن سواء كان المتلف فى يد المالك أو فى يد الغاصب لتحقق الاتلاف فى الحالين غير ان المغصوب ان كان منقولا وهو فى يد الغاصب يخير المالك ان شاء ضمن الغاصب وان شاء ضمن المتلف لوجود سبب وجوب الضمان من كل واحد منهما فان ضمن الغاصب فالغاصب يرجع بما ضمن على المتلف لانه ملك المغصوب بالضمان فتبين ان الاتلاف ورد على ملكه وان ضمن المتلف لا يرجع بالضمان على أحد وان كان عقاراً ضمن المتلف ولا يضمن الغاصب عندهما وعند محمد رحمه الله الجواب فيه وفى المنقول سواء بناء على ان العقار غير مضمون بالغصب عندهما وعنده مضمون به فكان له أن يضمن أيهما شاء كما فى المنقول وكذلك اذا نقص مال انسان مما لا يجرى فيه الربا ضمن النقصان سواء كان فى يد المالك أو فى يد الغاصب لان النقص اتلاف جزء منه وتضمينه ممكن لانه لا يؤدى الى الربا فيضمن قدر النقصان بخلاف الاموال الربوية على ما مر غير ان النقصان ان كان بفعل غير الغاصب فالمغصوب منه بالخيار ان شاء ضمن الغاصب ويرجع الغاصب على الذى نقص وان شاء ضمن الذى نقص وهو لا يرجع على أحد لما قلنا ولو غصب عبداً قيمته الف درهم فازداد فى يد الغاصب حتى صارت قيمته الفين فقتله انسان خطأ فالمالك بالخيار ان شاء ضمن الغاصب قيمته وقت الغصب ألف درهم وان شاء ضمن القاتل قيمته وقت القتل الفين لانه وجد سببا وجوب الضمان الغصب والقتل والزيادة الحادثة فى يد الغاصب غير مضمونة بالغصب وهى مضمونة بالقتل لذلك ضمن الغاصب الفاً والقاتل الفين فان ضمن القاتل فانه لا يرجع على أحد وان ضمن الغاصب فالغاصب يرجع على عاقلة القاتل بالفين ويتصدق بالفضل على الالف وأما الرجوع عليهم بالفين فلانه ملك المغصوب بالضمان فتبين أن القتل ورد على عبد الغاصب فيضمن قيمته وأما التصدق بالفضل على الالف فلتمكن الخبث فيه لاختلال الملك وينبغى ان يكون هذا على أصل أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله اظهر فاما على أصل أبى يوسف رحمه الله فالفضل طيب له ولا يلزمه التصدق به وان قتله الغاصب بعد الزيادة خطأ فالمغصوب منه بالخيار ان شاء ضمنه الغاصب قيمته يوم الغصب الف درهم وان شاء ضمن عاقلته قيمته يوم القتل الفى درهم وهو الصحيح بخلاف المغصوب اذا كان حيوانا سوى بنى آدم فقتله الغاصب بعد الزيادة انه لا يضمن قيمته الا يوم الغصب ألف درهم عند أبى حنيفة رحمه الله وقد بينا له الفرق بينهما فيما تقدم ولو قتل العبد نفسه فى يد الغاصب بعد حدوث الزيادة ضمن الغاصب قيمته يوم الغصب ألفاً لان قتله نفسه يهدر فيلحق بالعدم كانه مات بنفسه ولو كان كذلك يضمن قيمته يوم الغصب ألف درهم كذا هذا ولو كانت الجارية ولدت ولدا فقتلت ولدها ثم ماتت الجارية فعلى الغاصب قيمتها يوم الغصب ألف درهم وليس عليه ضمان الولد لان قتلها ولدها هدر ولا حكم له فالتحق بالعدم كانه مات حتف أنفه فهلك أمانة وبقيت الام مضمونة بالغصب ولو أودع رجلان رجلا كل واحد منهما الف درهم فخلط المستودع أحد الالفين بالآخر خلطاً لا يتميز ضمن لكل واحد منهما الفاً وملك المخلوط فى قول أبى حنيفة رحمه الله لان الخلط وقع اتلافا معنى وعندهما هما بالخيار بين أن يأخذا ذلك ويقتسماه بينهما وبين أن يضمناه والمسئلة مرت فى كتاب الوديعة ثم قال محمد رحمه الله ولا يسع المودع أكل هذه الدراهم حتى يؤدى مثلها الى أصحابها وهذا صحيح لا خلاف فيه

لان عندهما لم ينقطع حق المالك وعند أبى حنيفة رحمه الله انقطع وثبت الملك للمستودع لكن فيه خبث فيمنع من التصرف فيه حتى يرضى صاحبه ولو ان رجلا له كران اغتصب رجل أحدهما أو سرقه ثم ان المالك أودع الغاصب أو السارق ذلك الاخر فخلطه بكر الغصب ثم ضاع ذلك كله ضمن كر الغصب ولم يضمن كر الوديعة بسبب الخلط لانه خلط ملكه بملكه وذلك ليس باستهلاك فلا يجب الضمان عليه بسبب الخلط وبقى الكر المضمون وكر الامانة فى يده على حالهما فصار كانهما هلكا قبل الخلط ولو خلط الغاصب دراهم الغصب بدراهم نفسه خلطاً لا يتميز ضمن مثلها وملك المخلوط لانه اتلفها بالخلط وان مات كان ذلك لجميع الغرماء والمغصوب منه أسوة الغرماء لانه زال ملكه عنها وصار ملكا للغاصب ولو اختلطت دراهم الغصب بدراهم نفسه بغير صنعه فلا يضمن وهو شريك للمغصوب منه لان الاختلاط من غير صنعه هلاك وليس باهلاك فصار كما لو تلفت بنفسها وصارا شريكين لاختلاط الملكين على وجه لا يتميز والله عز وجل أعلم ولو صب ماء فى طعام فى يد انسان فافسده وزاد فى كيله فلصاحب الطعام ان يضمنه قيمته قبل أن يصب فيه الماء وليس له أن يضمنه طعاما مثله ولا يجوز أن يضمنه مثل كيله قبل صب الماء وكذلك لو صب ماء فى دهن أو زيت لانه لا سبيل الى ان يضمنه مثل الطعام المبلول والدهن المصبوب فيه الماء لانه لا مثل له ولا سبيل الى ان يضمنه مثل كيل الطعام قبل صب الماء فيه لانه لم يكن منه غصب متقدم حتى لو غصب ثم صب فعليه مثله والله تعالى أعلم ولو فتح باب قفص فطار الطير منه وضاع لم يضمن فى قولهما وقال محمد رحمه الله يضمن وقال الشافعى رحمه الله ان طار من فوره ذلك ضمن وان مكث ساعة ثم طار لا يضمن (وجه) قول محمد ان فتح باب القفص وقع اتلافا للطير تسبيباً لان الطيران للطير طبع له فالظاهر انه يطير اذا وجد المخلص فكان الفتح اتلافا له تسبيباً فيوجب الضمان كما اذا شق زق انسان فيه دهن مائع فسال وهلك وهذا وجه قول الشافعى رحمه الله ايضاً الا انه يقول اذا مكث ساعة لم يكن الطيران بعد ذلك مضافا الى الفتح بل الى اختياره فلا يجب الضمان (وجه) قولهما ان الفتح ليس باتلاف مباشرة ولا تسبيباً (أما) المباشرة فظاهرة الانتفاء (وأما) التسبيب فلان الطير مختار فى الطيران لانه حى وكل حى له اختيار فكان الطيران مضافا الى اختياره والفتح سبباً محضاً فلا حكم له كما اذا حل القيد عن عبد انسان حتى ابق انه لا ضمان عليه لما قلنا كذا هذا بخلاف شق الزق الذى فيه دهن مائع لان المائع سيال بطبعه بحيث لا يوجد منه الاستمساك عند عدم المانع الا على نقض العادة فكان الفتح تسبيبا للتلف فيجب الضمان وعلى هذا الخلاف اذا حل رباط الدابة أو فتح باب الاصطبل حتى خرجت الدابة وضلت وقالوا اذا حل رباط الزيت انه ان كان ذائبا فسال منه ضمن وان كان السمن جامدا فذاب بالشمس وزال لم يضمن لما ذكرنا ان المائع يسيل بطبعه اذا وجد منفذاً بحيث يستحيل استمساكه عادة فكان حل الرباط اتلافا له تسبيبا فيوجب الضمان بخلاف الجامد لان السيلان طبع المائع لا طبع الجامد وهو وان صار مائعاً لكن لا بصنعه بل بحرارة الشمس فلم يكن التلف مضافا اليه لا مباشرة ولا تسبيباً فلا يضمن والله عز وجل أعلم وعلى هذا يخرج ما اذا غصب صبيا صغيرا حرا من أهله فعقره سبع أو نهشته حية أو وقع فى بئر أو من سطح فمات ان على عاقلة الغاصب الدية لوجود الاتلاف من الغاصب تسبيبا لانه كان محفوظا بيد وليه اذ هو لا يقدر على حفظ نفسه بنفسه فاذا فوت حفظ الاهل عنه ولم يحفظه بنفسه حتى اصابته آفة فقد ضيعه فكان ذلك منه اتلافا تسبيبا والحر ان لم يكن مضمونا بالغصب يكون مضمونا بالاتلاف مباشرة كان أو تسبيبا ولو قتله انسان خطأ فى يد الغاصب فلاوليائه أن يتبعوا أيهما شاؤا الغاصب أو القاتل (أما) القاتل فلوجود الاتلاف منه مباشرة (وأما) الغاصب فلوجود الاتلاف منه تسبيبا لما ذكرنا والتسبب ينزل منزلة المباشرة فى وجوب الضمان كحفر البئر على قارعة الطريق والشهادة على القتل حتى لو رجع شهود القصاص ضمنوا فان اتبعوا القاتل بالمال لا يرجع على أحد وان اتبعوا الغاصب فالغاصب يرجع على القاتل لان الغصب باداء الضمان قام مقام المستحق فى حق ملك الضمان وان تعذر أن يقوم مقامه فى حق ملك المضمون كغاصب المدبر اذا قتل المدبر فى يده

واختار المالك تضمين الغاصب يرجع بالضمان على القاتل وان لم يملك نفس المدبر باداء الضمان كذا هذا وكذلك لو وقع عليه حائط انسان فالغاصب ضامن و يرجع على عاقلة صاحب الحائط ان كان تقدم اليه لما قلنا ولو قتله انسان في يد الغاصب عمدا فاولياؤه بالخيار ان شاؤا اقتلوا القاتل و برئ الغاصب وان شاؤا اتبعوا الغاصب بالدية على عاقلته و يرجع عاقلة الغاصب في مال القاتل عمدا ولا يكون لهم القصاص (أما) ولاية القصاص من القاتل فلوجود القتل العمد الخالي عن الموانع (وأما) ولاية اتباع الغاصب بالدية فلوجود الاتلاف منه تسبيبا على ما بينا فان قتلوا القاتل برئ الغاصب لانه لا يجمع بين القصاص والدية في نفس واحدة في قتل واحد وان اتبعوا الغاصب فالدية على عاقلته ترجع عاقلته على مال القاتل ولا يكون لهم أن يقتصوا من القاتل لان القصاص لم يصر ملكا لهم باداء الضمان اذ هو لا يحتمل التمليك فلم يقم الغاصب مقام الولي في ملك القصاص فسقط القصاص و ينقلب مالا والمال يحتمل التمليك فجاز أن يقوم الغاصب مقام الولي في ملك المال ولو قتل الصبي انسانا في يد الغاصب فرده على الولي وضمن عاقلة الصبي لم يكن لهم أن يرجعوا على الغاصب بشيء لانه لا سبيل الى ايجاب ضمان الغصب لان الحر غير مضمون بالغصب ولا سبيل الى ايجاب ضمان الاتلاف لان الغاصب انما يصير متلفا اياه تسبيبا بجناية غيره عليه لا بجنايته على غيره ولو قتل الصبي نفسه أو أتى على شيء من نفسه من اليد والرجل وما أشبه ذلك أو أركبه الغاصب دابة فالقى نفسه منها فالغاصب ضامن عند أبي يوسف وعند محمد لا يضمن وجه قول محمد أن فعله على نفسه هدر فالتحق بالعدم فصار كانه مات حتف انفه أو سقطت يده بآفة سماوية ولو كان كذلك لا ضمان عليه كذا هذا والجامع انه لو وجب الضمان لوجب بالغصب والحر غير مضمون بالغصب ولهذا لو جنى على غيره لا يضمن الغاصب كذا هذا وجه قول أبي يوسف أن الحر ان لم يكن مضمونا بالغصب فهو مضمون بالاتلاف مباشرة أو تسبيبا وقد وجد التسبيب من الغاصب حيث ترك حفظه عن أسباب الهلاك في الحالين جميعا فكان متلفا اياه تسبيبا فيجب الضمان عليه ولا يرجع الغاصب على عاقلة الصبي بما ضمن لان حكم فعله على نفسه لا يعتبر فلا يمكن ايجابه على العاقلة والله سبحانه وتعالى أعلم ولو غصب مدبرا فمات في يده ضمن بالاجماع ولو غصب أم ولد فماتت في يده من غير آفة لم يضمن عند أبي حنيفة وقد ذكرنا المسألة في موضعها ولو ماتت في يده بآفة على الوجه الذي بينا أنه يضمن في الصبي الحر فان الغاصب يغرم قيمتها حالة في ماله لوجود الاتلاف منه تسبيبا وأم الولد مضمونة بالاتلاف بلا خلاف ولهذا وجب الضمان في الصبي الحر ففي أم الولد أولى والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما شرائط وجوب هذا الضمان فمنها أن يكون المتلف مالا فلا يجب الضمان باتلاف الميتة والدم وجلد الميتة وغير ذلك مما ليس بمال وقد ذكرنا ذلك في كتاب البيوع ومنها أن يكون متقوما فلا يجب الضمان باتلاف الخمر والخنزير على المسلم سواء كان المتلف مسلما أو ذميا لسقوط تقوم الخمر والخنزير في حق المسلم ولو أتلف مسلم أو ذمي على ذمي خمرا أو خنزيرا يضمن عندنا خلافا للشافعي رحمه الله والدلائل مرت في مسائل الغصب ولو أتلف ذمي على ذمي خمرا أو خنزيرا ثم أسلما أو أسلم أحدهما أما في الخنزير فلا يبرأ المتلف عن الضمان الذي لزمه سواء أسلم الطالب أو المطلوب أو أسلما جميعا لان الواجب باتلاف الخنزير القيمة وانها دراهم أو دنانير والاسلام لا يمنع من قبض الدراهم والدنانير (وأما) في الخمر فان أسلما جميعا أو أسلم أحدهما وهو الطالب المتلف عليه برئت ذمة المطلوب وهو المتلف وسقطت عنه الخمر بالاجماع ولو أسلم المطلوب أولا ثم أسلم الطالب أو لم يسلم ففي قول أبي يوسف وهو روايته عن أبي حنيفة يبرأ المطلوب من الخمر ولا يتحول الى القيمة كما لو أسلم الطالب وعند محمد وزفر وعافية بن زيد القاضي وهو روايتهم عن أبي حنيفة لا يبرأ المطلوب و يتحول ما عليه من الخمر الى القيمة كما لو كان الاتلاف بعد الاسلام انه يضمن قيمتها للذمي فكذا اذا أتلف بعد الاسلام وقد ذكرنا المسألة في كتاب البيوع ولو كسر على انسان بربطا أو طبلا يضمن قيمته خشبا منحوتا عند أبي حنيفة رحمه الله وذكر في المنتقى خشبا ألواحا وعندهما

لا يضمن وجه قولهما ان هذا آلة اللهو والفساد فلم يكن متقوما كالخمر ولابى حنيفة رحمه الله أنه كما يصلح للهو والفساد يصلح للانتفاع به من وجه آخر فكان مالا متقوما من ذلك الوجه وكذلك لو أراق لانسان مسكرا أو منصفا فهو على هذا الاختلاف والمسألة قد ذكرناها فى كتاب البيوع ولو أحرق بابا منحوتا عليه تماثيل منقوشة ضمن قيمته غير منقوش بتماثيل لانه لا قيمة لنقش التماثيل لان نقشها محظور وان كان صاحبه قطع رؤس التماثيل ضمن قيمته منقوشا لانه لا يكون تمثالا بلا رأس ألا ترى انه ليس بمحظور فكان النقش متقوما ولو أحرق بساطا فيه تماثيل رجال ضمن قيمته مصورا الان التمثال على البساط ليس بمحظور لان البساط يوطأ فكان النقش متقوما ولو هدم بيتا مصورا ضمن قيمة البيت والصور غير مضمونة لان الصور على البيت لا قيمة لها لانه محظور فاما الصبغ فمتقوم ولو قتل جارية مغنية ضمن قيمتها غير مغنية لان الغناء لا قيمة له لانه محظور هذا اذا كان الغناء زيادة فى الجارية فاما اذا كان نقصانا فيها فانه يضمن قدر قيمتها وعلى هذا تخرج المباحات التى ليست بمملوكة لاحد لانها غير مضمونة بالاتلاف لعدم تقومها اذ التقوم يبنى على العزة والحظر ولا يتحقق ذلك الا بالاحراز والاستيلاء (وأما) المباح المملوك وهو مال الحربى فلا يجب الضمان باتلافه أيضا وان كان متقوما لفقد شرط آخر نذكره ان شاء الله تعالى وان شئت قلت ومنها أن يكون مملوكا فلا يجب الضمان باتلاف المباحات التى لا يملكها أحد والتخريج على شرط التقوم أصح لان كون الشئ مملوكا فى نفسه ليس بشرط لوجوب الضمان فان الموقوف مضمون بالاتلاف وليس بمملوك أصلا أرض بين شريكين زرعها أحدهما وتراضيا على ان يعطى الذى لم يزرع نصف البذر ويكون الخارج بينهما فهذا لا يخلو (اما) ان كان الزرع نبت (واما) ان كان لم ينبت فان كان قد نبت جاز لان هذا بيع الحشيش بالحنطة وانه جائز وان كان لم ينبت لم يجز لانه لا يدرى ما بقى تحت الارض مما تلف مع ان ذلك ليس بمال متقوم فلا يجوز بيعه فان نبت الزرع وطلب الذى لم يزرع القسمة قسم وأمر الذى زرع ان يقلع ما فى نصيب الشريك لان نصيبه مشغول بملكه فيجبر على تفريغه وتضمينه نقصان الزراعة والله سبحانه وتعالى أعلم (ومنها) أن يكون المتلف من أهل وجوب الضمان عليه حتى لو أتلفت مال انسان بهيمة لا ضمان على مالكها لان فعل العجماء جبار فكان هدرا ولا اتلاف من مالكها فلا يجب الضمان عليه ومنها أن يكون فى الوجوب فائدة فلا ضمان على المسلم باتلاف مال الحربى ولا على الحربى باتلاف مال المسلم فى دار الحرب وكذا لا ضمان على العادل اذا أتلف مال الباغى ولا على الباغى اذا أتلف مال العادل لانه لا فائدة فى الوجوب لعدم امكان الوصول الى الضمان لانعدام الولاية فاما العصمة فليست بشرط لوجوب ضمان المال الا أن الصبى مأخوذ بضمان الاتلاف وان لم تثبت عصمة المتلف فى حقه وكذا يجب الضمان بتناول مال الغير حال المخمصة مع اباحة التناول وكذا كسر آلات الملاهى مباح وهى مضمونة بالاتلاف عند أبى حنيفة رحمه الله ولا يلزم اذا أتلف مال انسان باذنه انه لا يجب الضمان لان عدم الوجوب ليس لعدم العصمة بل لعدم الفائدة لانه لو وجب الضمان عليه لكان له ان يرجع عليه بما ضمن فلا يفيد والله عز شأنه أعلم وكذلك العلم بكون المتلف مال الغير ليس بشرط لوجوب الضمان حتى لو أتلف مالا على ظن أنه ملكه ثم تبين أنه ملك غيره ضمن لان الاتلاف أمر حقيقى لا يتوقف وجوده على العلم كما فى الغصب على ما مر الا انه اذا علم بذلك يضمن ويأثم واذا لم يعلم يضمن ولا يأثم لان الخطأ مرفوع المؤاخذة شرعا لما ذكرنا فى مسائل الغصب والله سبحانه وتعالى أعلم وأما بيان ماهية الضمان الواجب باتلاف ما سوى بنى آدم فالواجب به ما هو الواجب بالغصب وهو ضمان المثل ان كان المتلف مثليا وضمان القيمة ان كان مما لا مثل له لان ضمان الاتلاف ضمان اعتداء والاعتداء لم يشرع الا بالمثل فعند الامكان يجب العمل بالمثل المطلق وهو المثل صورة ومعنى وعند التعذر يجب المثل معنى وهو القيمة كما فى الغصب والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

كتاب

﴿ كتاب الحجر والحبس ﴾

فى هذا الكتاب فصلان فصل فى الحجر وفصل فى الحبس أما الحجر فالكلام فيه يقع فى ثلاثة مواضع أحدها فى بيان أسباب الحجر والثانى فى بيان حكم الحجر والثالث فى بيان ما يرفع الحجر (أما) الاول فقد اختلف فيه قال أبو حنيفة عليه الرحمة الاسباب الموجبة للحجر ثلاثة ما لها رابع الجنون والصبا والرق وهو قول زفر وقال أبو يوسف ومحمد والشافعى وعامة أهل العلم رحمهم الله تعالى والسفه والتبذير ومطل الغنى وركوب الدين وخوف ضياع المال بالتجارة والتلجئة والاقرار لغير الغرماء من أسباب الحجر أيضا فيجرى عندهم فى السفيه المفسد للمال بالصرف الى الوجوه الباطلة وفى المبذر الذى يسرف فى النفقة و يغبن فى التجارات وفيمن يمتنع عن قضاء الدين مع القدرة عليه اذا ظهر مطله عند القاضى وطلب الغرماء من القاضى ان يبيع عليه ماله و يقضى به دينه وفيمن ركبته الديون وله مال فخاف الغرماء ضياع أمواله بالتجارة فرفعوا الامر الى القاضى وطلبوا منه أن يحجر عليه أو خافوا ان يلجئ أمواله فطلبوا من القاضى أن يحجره عن الاقرار الا للغرماء فيجرى الحجر فى هذه المواضع عندهم وعنده لا يجرى وما روى عن أبى حنيفة رحمه الله انه كان لا يجرى الحجر الا على ثلاثة المفتى الماجن والطبيب الجاهل والمكارى المفلس وليس المراد منه حقيقة الحجر وهو المعنى الشرعى الذى يمنع نفوذ التصرف ألا ترى أن المفتى لو أفتى بعد الحجر وأصاب فى الفتوى جاز ولو أفتى قبل الحجر وأخطأ لا يجوز وكذا الطبيب لو باع الادوية بعد الحجر نفذ بيعه فدل انه ما أراد به الحجر حقيقة وانما أراد به المنع الحسى أى يمنع هؤلاء الثلاثة عن عملهم حسا لان المنع عن ذلك من باب الامر بالمعروف والنهى عن المنكر لان المفتى الماجن يفسد أديان المسلمين والطبيب الجاهل يفسد أبدان المسلمين والمكارى المفلس يفسد أموال الناس فى المفازة فكان منعهم من ذلك من باب الامر بالمعروف والنهى عن المنكر لا من باب الحجر فلا يلزمه التناقض بحمد الله تعالى عز شأنه ولو حجر القاضى على السفيه ونحوه لم ينفذ حجره عند أبى حنيفة رحمه الله حتى لو تصرف بعد الحجر ينفذ تصرفه عنده وان كان الحجر ههنا محل الاجتهاد لان الحجر من القاضى قضاء منه وقضاء القاضى فى المجتهدات انما ينفذ و يصير كالمتفق عليه اذا لم يكن نفس القضاء محل الاجتهاد فاما اذا كان فلا بخلاف سائر المجتهدات التى لا يرجع الاجتهاد فيها الى نفس القضاء وقد ذكرنا الفرق فى كتاب أدب القاضى واختلف أبو يوسف ومحمد فيما بينهما فى السفيه انه هل يصير محجورا عليه بنفس السفه أم يقف الانحجار على حجر القاضى قال أبو يوسف لا يصير محجورا الا بحجر القاضى وقال محمد ينحجر بنفس السفه من غير الحاجة الى حجر القاضى وحجة العامة قوله تبارك وتعالى فان كان الذى عليه الحق سفيها أو ضعيفا أو لا يستطيع أن يمل هو فليملل وليه بالعدل جعل الله سبحانه وتعالى لكل واحد من المذكورين وليا منهم السفيه وعند أبى حنيفة رحمه الله لا ولى للسفيه لانه اذا كان له ولى دل انه مولى عليه فلا ينفذ تصرفه كالصبى والمجنون وقوله تبارك وتعالى ولا تؤتوا السفهاء أموالكم نهى عن اعطاء الاموال السفهاء وعنده يدفع اليه ماله اذا بلغ خمسا وعشرين سنة وان كان سفيها وروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم باع على معاذ ماله بسبب ديون ركبته وهذا نص فى الباب لان البيع عليه لا يذكر الا فى غير موضع الرضا ولان التصرفات شرعت لمصالح العباد والمصلحة تتعلق بالاطلاق مرة و بالحجر أخرى والمصلحة ههنا فى الحجر ولهذا اذا بلغ الصبى سفيها يمنع عنه ماله الى خمس وعشرين سنة بلا خلاف ولهذا حجر على الصبى والمجنون لكون الحجر مصلحة فى حقهما كذا ههنا ولابى حنيفة رضى الله عنه عمومات البيع والهبة والاقرار والظهار واليمين من نحو قوله تبارك وتعالى وأحل الله البيع وقوله سبحانه وتعالى يا أيها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه الى قوله عز شأنه ولا يبخس منه شيأ أجاز الله تعالى المداينين حيث ندب الى الكتابة وأثبت الحق حيث أمر من عليه الحق بالاملاء ونهى عن البخس عاما من غير تخصيص وقوله تبارك وتعالى يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون

تجارة عن تراض منكم و بيع مال المديون عليه تجارة لا عن تراض فلا يجوز و بيع السفيه ماله تجارة عن تراض فيجوز وقوله سبحانه وتعالى يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء الله ولو على أنفسكم عاما وشهادة الانسان على نفسه اقرار وقوله تبارك وتعالى واذا حييتم بتحية فحيوا باحسن منها أو ردوها وقوله عليه الصلاة والسلام تهادوا تحابوا وآية الظهار وآية كفارة اليمين شرع الله تعالى هذه التصرفات عاما والحجر عن المشروع متناقض وكذا نص الظهار واليمين يقتضيان وجوب التحرير على المظاهر والحالف الحانث وجوازه عن الكفارة عاما وعند أبي يوسف ومحمد لا يجب التحرير على السفيه ولو حرر لا يجزيه عن الكفارة لانه تجب السعاية على العبد فيكون اعتاقا بعوض فلا يقع التحرير تكفيرا فكانت الآية حجة عليهما ولان بيع السفيه مال نفسه تصرف صدر من الاهل بركنه في محل هو خالص ملكه فينفذ كتصرف الرشيد وهذا لان وجود التصرف حقيقة بوجود ركنه ووجوده شرعا بصدوره من أهله وحلوله في محله وقد وجد وبيع مال المديون عليه تصرف في ملك الغير من غير رضا المالك وانه لا ينفذ كالفضولي (وأما) الآية فقد قال بعض أهل التأويل السفيه هو الصغير وبه نقول وقيل ان الولي ههنا هو من له الحق يملى بالعدل عند حضرة من عليه الدين لئلا يزيد على ما عليه شيأ ولو زاد أنكر عليه وقوله تبارك وتعالى ولا تؤتوا السفهاء أموالكم فقد قال بعض أهل التأويل المراد من السفهاء النساء والاولاد الصغار يؤيده في سياق الآية قوله فارزقوهم منه واكسوهم ورزق النساء والاولاد الصغار هو الذي يجب على الاولياء والازواج لا رزق السفيه وكسوته فان ذلك يكون من مال السفيه على ان في الآية الشريفة أن لا تؤتوهم مال أنفسكم لانه سبحانه وتعالى أضاف الاموال الى المعطى لا الى المعطى له وبه نقول (وأما) بيع مال معاذ رضي الله عنه فقد كان برضاه اذ لا يظن به انه يكره بيع رسول الله صلى الله عليه وسلم و يمتنع بنفسه عن قضاء الدين مع ما أنه قد روى أنه طلب من رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يبيع ماله لينال بركته فيصير دينه مقضيا ببركته كما روى عن جابر رضي الله عنه انه لما استشهد أبوه يوم أحد وترك ديونا فطلب جابر من النبي عليه الصلاة والسلام ان يبيع أمواله لينال بركته فيصير دينه بذلك مقضيا وكان كما ظن والاستدلال بمنع المال اذا بلغ سفيها لا يستقيم لان المنع تصرف في المال والحجر تصرف على النفس والنفس أعظم خطرا من المال فثبوت أدنى الولايتين لا يدل على ثبوت أعلاهما ثم نقول انما يمنع عن ماله نظرا له تقليلا للسفه لما أن السفه غالبا يجرى في الهبات والتبرعات فاذا منع منه ماله ينسد باب السفه فيقل السفه (فاما) المعاوضات فلا يغلب فيها السفه فلا حاجة الى الحجر لتقليل السفه وانه يقل بدونه فيتمحض الحجر ضررا بابطال أهليته وهذا لا يجوز بخلاف الصبي والمجنون لانهما ليسا من أهل التصرف فلم يتضمن الحجر ابطال الاهلية والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان حكم الحجر فحكمه يظهر في مال المحجور وفي التصرف في ماله (أما) حكم المال فاما المجنون فانه يمنع عنه ماله مادام مجنونا وكذلك الصبي الذي لا يعقل لان وضع المال في يد من لا عقل له اتلاف المال (وأما) الصبي العاقل فيمنع عنه ماله الى أن يؤنس منه رشده ولا بأس للولي أن يدفع اليه شيأ من أمواله و يأذن له بالتجارة للاختبار عندنا لقوله تعالى وابتلوا اليتامى أذن سبحانه وتعالى للاولياء في ابتلاء اليتامى والابتلاء الاختبار وذلك بالتجارة فكان الاذن بالابتلاء اذنا بالتجارة واذا اختبره فان آنس منه رشدا دفع الباقي اليه لقوله تعالى فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم أموالهم والرشد هو الاستقامة والاهتداء في حفظ المال واصلاحه وهذا عندنا وعند الشافعي رحمه الله يمنع منه ماله ولا يجوز للولي أن يدفع شيأ من أمواله اليه وأن يأذن له بالتجارة قبل البلوغ والمسألة نذكرها في كتاب المأذون ان شاء الله تعالى وان لم يؤنس منه رشدا منعه منه الى أن يبلغ فان بلغ رشيدا دفع اليه وان بلغ سفيها مفسدا مبذرا فانه يمنع عنه ماله الى خمس وعشرين سنة بالاجماع فاذا بلغ هذا المبلغ ولم يؤنس رشده دفع اليه عند أبي حنيفة رضي الله عنه وعندهما لا يدفع اليه مادام سفيها (وأما) الرقيق فلا مال له يمنع فلا يظهر أثر الحجر في حقه في المال وانما يظهر في التصرفات هذا حكم الحجر في مال المحجور (وأما) حكمه في تصرفه فالتصرف لا يخلو اما ان يكون من

الاقوال

الاقوال واما أن يكون من الافعال (أما) التصرفات القولية فعلى ثلاثة أقسام نافع محض وضار محض ودائر بين الضرر والنفع (أما) المجنون فلا تصح منه التصرفات القولية كلها فلا يجوز طلاقه وعتاقه وكتابته واقراره ولا ينعقد بيعه وشراؤه حتى لا تلحقه الاجازة ولا يصح منه قبول الهبة والصدقة والوصية وكذا الصبي الذى لا يعقل لان الاهلية شرط جواز التصرف وانعقاده ولا أهلية بدون العقل (وأما) الصبي العاقل فتصح منه التصرفات النافعة بلا خلاف ولا تصح منه التصرفات الضارة المحضة بالاجماع (وأما) الدائرة بين الضرر والنفع كالبيع والشراء والاجارة ونحوها فينعقد عندنا موقوفا على اجازة وليه فان أجاز جاز وان رد بطل وعند الشافعى رحمه الله لا تنعقد أصلا وهى مسألة تصرفات الصبي العاقل وقد مرت فى موضعها (وأما) الرقيق فيصح منه قبول الهبة والصدقة والوصية وكذا يصح طلاقه واقراره بالحدود والقصاص (وأما) اقراره بالمال فلا يصح فى حق مولاه ويصح فى حق نفسه حتى يؤاخذ به بعد العتاق (وأما) البيع وغيره من التصرفات الدائرة بين الضرر والنفع فلا ينفذ بل ينعقد موقوفا على اجازة المولى ودلائل هذه المسائل ذكرت فى مواضعها (وأما) التصرفات الفعلية وهى الغصوب والاتلافات فهذه العوارض وهى الصبا والجنون والرق لا توجب الحجر فيها حتى لو أتلف الصبي والمجنون شيأ فضمانه فى مالهما وكذا العبد اذا أتلف مال انسان فانه يؤاخذ به لكن بعد العتاق (وأما) السفيه فعند أبى حنيفة عليه الرحمة ليس بمحجور عن التصرفات أصلا وحاله وحال الرشيد فى التصرفات سواء لا يختلفان الا فى وجه واحد وهو ان الصبي اذا بلغ سفيها يمنع عنه ماله الى خمس وعشرين سنة واذا بلغ رشيدا يدفع اليه ماله (فاما) فى التصرفات فلا يختلفان حتى لو تصرف بعد ما بلغ سفيها ومنع عنه ماله نفذ تصرفه كما ينفذ بعد ان دفع المال اليه عنده (وأما) عندهما فحكمه وحكم الصبي العاقل والبالغ المعتوه سواء فلا ينفذ بيعه وشراؤه واجارته وهبته وصدقته وما أشبه ذلك من التصرفات التى تحتمل النقض والفسخ (وأما) فيما سوى ذلك فحكمه وحكم البالغ العاقل الرشيد سواء فيجوز طلاقه ونكاحه واعتاقه وتدبيره واستيلاده وتجب عليه نفقة زوجاته وأقاربه والزكاة فى ماله وحجة الاسلام وينفق على زوجاته وأقاربه ويؤدى الزكاة من ماله ولا يمنع من حجة الاسلام ولا من العمرة ولا من القرابين وسوق البدنة لكن يسلم القاضى النفقة والكراء والهدى على يد أمين لينفق عليه فى الطريق ولا ولاية عليه لابيه وجده ووصيهما ويجوز اقراره على نفسه بالحدود والقصاص وتجوز وصاياه بالقرب فى مرض موته من ثلث ماله وغير ذلك من التصرفات التى تصح من العاقل البالغ الرشيد الا أنه اذا تزوج امرأة بأكثر من مهر مثلها فالزيادة باطلة واذا أعتق عبده يسعى فى قيمته فى ظاهر الرواية وذكر الطحاوى عن محمد رحمهما الله انه رجع عن ذلك وقال يعتق من غير سعاية فاما فيما سوى ذلك فلا يختلفان ولو باع السفيه أو اشترى نظر القاضى فى ذلك فما كان خيرا اجازه وما كان فيه مضرة رده والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان ما يرفع الحجر (أما) الصبي فالذى يرفع الحجر عنه شيئان أحدهما اذن الولى اياه بالتجارة والثانى بلوغه الا أن الاذن بالتجارة يزيل الحجر عن التصرفات الدائرة بين الضرر والنفع (وأما) التصرفات الضارة المحضة فلا يزول الحجر عنها الا بالبلوغ وهذا عندنا وعند الشافعى رحمه الله لا يزول الحجر عن الصبي الا بالبلوغ وقد مرت المسألة ثم عند أبى حنيفة رضى الله عنه يزول الحجر عن التصرفات بالبلوغ سواء بلغ رشيدا أو سفيها وكذا عند أبى يوسف الا أن يحجر عليه القاضى بعد البلوغ فينحجر بحجره وعند أبى حنيفة رحمه الله لا ينحجر الصبي عن التصرف بحجر القاضى لكن يمنع ماله الى خمس وعشرين سنة وعند محمد والشافعى لا يزول الا ببلوغه رشيدا ثم البلوغ فى الغلام يعرف بالاحتلام والاحبال والانزال وفى الجارية يعرف بالحيض والاحتلام والحبل فان لم يوجد شئ من ذلك فيعتبر بالسن (أما) معرفة البلوغ بالاحتلام فلما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال رفع القلم عن ثلاثة منها الصبي حتى يحتلم جعل عليه الصلاة والسلام الاحتلام غاية لارتفاع الخطاب والخطاب بالبلوغ دل أن البلوغ يثبت بالاحتلام ولان البلوغ والادراك عبارة عن بلوغ المرء كمال الحال وذلك بكمال القدرة والقوة والقدرة

من حيث سلامة الاسباب والآلات هى امكان استعمال سائر الجوارح السليمة وذلك لا يتحقق على الكمال الا عند الاحتلام فان قيل الادراك امكان استعمال سائر الجوارح ان كان ثابتا فاما امكان استعمال الآلة المخصوصة وهو قضاء الشهوة على سبيل الكمال فليس بثابت لان كمالها بالانزال والاحتلام سبب انزول الماء على الاغلب فجعل علما على البلوغ ولان الله تعالى أمر بابتغاء الولد وأخبرانه مكتوب له بقوله تبارك وتعالى وابتغوا ما كتب الله لكم والتكليف بابتغاء الولد انما يتوجه فى وقت لوابتغى الولد لوجد ولا يكون ذلك الا فى خروج الماء للشهوة وذلك فى حق الصبي بالاحتلام فى المتعارف ولان عند الاحتلام يخرج عن حيز الاولاد ويدخل فى حيز الآباء حتى يسمى أبا فلان لا ولد فلان فى المتعارف لان عنده يصير من أهل العلوق فكان الاحتلام علما على البلوغ واذا ثبت أن البلوغ يثبت بالاحتلام يثبت بالانزال لان ماذكرنا من المعانى يتعلق بالنزول لا بنفس الاحتلام الا أن الاحتلام سبب لنزول الماء عادة فعلق الحكم به وكذا الاحبال لانه لا يتحقق بدون الانزال عادة فان لم يوجد شىء مماذكرنا فيعتبر البلوغ بالسن وقد اختلف العلماء فى أدنى السن التى يتعلق بها البلوغ قال أبوحنيفة رضى الله عنه ثمانى عشرة سنة فى الغلام وسبع عشرة فى الجارية وقال أبو يوسف ومحمد والشافعى رحمهم الله خمس عشرة سنة فى الجارية والغلام جميعا وجه قولهم ان المؤثر فى الحقيقة هو العقل وهو الاصل فى الباب اذ به قوام الاحكام وانما الاحتلام جعل حدا فى الشرع لكونه دليلا على كمال العقل والاحتلام لا يتأخر عن خمس عشر سنة عادة فاذا لم يحتلم الى هذه المدة علم أن ذلك لآفة فى خلقته والآفة فى الخلقة لا توجب آفة فى العقل فكان العقل قائما بلا آفة فوجب اعتباره فى لزوم الاحكام وقد روى عن سيدنا عمر رضى الله عنه انه عرض على رسول الله صلى الله عليه وسلم غلام وهو ابن أربع عشرة سنة فرده وعرض وهو ابن خمس عشرة فأجازه فقد جعل عليه الصلاة والسلام خمس عشرة حدا للبلوغ ولابى حنيفة رضى الله عنه أن الشرع لما علق الحكم والخطاب بالاحتلام بالدلائل التى ذكرناها فيجب بناء الحكم عليه ولا يرتفع الحكم عنه مالم يتيقن بعدمه ويقع اليأس عن وجوده وانما يقع اليأس بهذه المدة لان الاحتلام الى هذه المدة متصور فى الجملة فلا يجوز ازالة الحكم الثابت بالاحتلام عنه مع الاحتمال على هذا أصول الشرع فان حكم الحيض لما كان لازما فى حق الكبيرة لا يزول بامتداد الطهر مالم يوجد اليأس ويجب الانتظار لمدة اليأس لاحتمال عود الحيض وكذا التفريق فى حق العنين لا يثبت مادام طمع الوصول ثابتا بل يؤجل سنة لاحتمال الوصول فى فصول السنة فاذا مضت السنة ووقع اليأس الآن يحكم بالتفريق وكذا أمر الله سبحانه وتعالى باظهار الحجج فى حق الكفار والدعاء الى الاسلام الى أن يقع اليأس عن قبولهم فالم يقع اليأس لا يباح لنا القتال فكذلك ههنا مادام الاحتلام يرجى يجب الانتظار ولا يأس بعد مدة خمس عشرة الى هذه المدة بل هو مرجو فلا يقطع الحكم الثابت بالاحتلام عنه مع رجاء وجوده بخلاف ما بعد هذه المدة فانه لا يحتمل وجوده بعدها فلا يجوز اعتباره فى زمان اليأس عن وجوده (وأما) الحديث فلا حجة فيه لانه يحتمل انه أجاز ذلك لما علم عليه الصلاة والسلام انه احتلم فى ذلك الوقت ويحتمل أيضا أنه أجاز ذلك لما رآه صالحا للحرب محتملا له على سبيل الاعتياد للجهاد كما أمرنا باعتبار سائر القرب فى أول أوقات الامكان والاحتمال لها فلا يكون حجة مع الاحتمال واذا أشكل أمر الغلام المراهق فى البلوغ فقال قد بلغت يقبل قوله ويحكم ببلوغه وكذلك الجارية المراهقة لان الاصل فى البلوغ هو الاحتلام على ما بينا وأنه لا يعرف الا من جهته فالزمت الضرورة قبول قوله كما فى الاخبار عن الطهر والحيض والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) المجنون فلا يزول الحجر عنه الا بالافاقة فاذا أفاق رشيدا أوسفيها فحكمه فى ذلك حكم الصبي وقد ذكرناه (وأما) الرقيق فالحجر يزول عنه بالاعتاق مرة وبالاذن بالتجارة أخرى الا أن الاعتاق يزيل الحجر عنه على الاطلاق والاذن بالتجارة لا يزيل الا فى التصرفات الدائرة بين الضرر والنفع (وأما) السفيه فلا حجر عليه عن التصرف أصلا عند أبى حنيفة رضى الله عنه فلا يتصور الزوال (وأما) على مذهبهم فزواله عند أبى يوسف بضده وهو الاطلاق من القاضى فكما لا ينحجر الا بحجره

لا ينطلق الا باطلاقه وعند محمد والشافعى رحمهما الله زوال الحجر على السفيه بظهور رشده لان الحجارة كان بسفهه فانطلاقه يكون بضده وهو رشده والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) الفصل الثانى وهو فصل الحبس فالحبس على نوعين حبس المديون بما عليه من الدين وحبس العين بالدين أما الاول فالكلام فيه فى مواضع فى بيان سبب وجوب الحبس وفى بيان شرائط الوجوب وفى بيان ما يمنع عنه المحبوس ومالا يمنع أما سبب وجوب الحبس فهو الدين قل أو كثر وأما شرائط الوجوب فأنواع بعضها يرجع الى الدين و بعضها يرجع الى المديون و بعضها يرجع الى صاحب الدين (أما) الذى يرجع الى الدين فهو أن يكون حالا فلا يحبس فى الدين المؤجل لان الحبس لدفع الظلم المتحقق بتأخير قضاء الدين ولم يوجد من المديون لان صاحب الدين هو الذى أخر حق نفسه بالتأجيل وكذا لا يمنع من السفر قبل حلول الاجل سواء بعد محله أو قرب لانه لا يملك مطالبته قبل حل الاجل ولا يمكن منعه ولكن له ان يخرج معه حتى اذا حل الاجل منعه من المضى فى سفره الى ان يوفيه دينه (وأما) الذى يرجع الى المديون فمنها القدرة على قضاء الدين حتى لو كان معسرا لا يحبس لقوله سبحانه وتعالى وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة ولان الحبس لدفع الظلم بايصال حقه اليه ولو ظلم فيه لعدم القدرة ولانه اذا لم يقدر على قضاء الدين لا يكون الحبس مفيدا لان الحبس شرع للتوسل الى قضاء الدين لا لعينه ومنها المطل وهو تأخير قضاء الدين لقوله عليه الصلاة والسلام مطل الغنى ظلم فيحبس دفعا للظلم لقضاء الدين بواسطة الحبس وقوله عليه الصلاة والسلام لى الواجد يحل عرضه وعقوبته والحبس عقوبة ومالم يظهر منه المطل لا يحبس لانعدام المطل واللى منه ومنها ان يكون من عليه الدين ممن سوى الوالدين لصاحب الدين فلا يحبس الوالدون وان علوا بدين المولودين وان سفلوا لقوله تبارك وتعالى وصاحبهما فى الدنيا معروفا وقوله تعالى و بالوالدين احسانا وليس من المصاحبة بالمعروف والاحسان حبسهما بالدين الا أنه اذا امتنع الوالد من الانفاق على ولده الذى عليه نفقته فان القاضى يحبسه لكن تعزيرا لا حبسا بالدين (وأما) الولد فيحبس بدين الوالد لان المانع من الحبس حق الوالدين وكذا سائر الاقارب يحبس المديون بدين قريبه كائنا من كان و يستوى فى الحبس الرجل والمرأة لان الموجب للحبس لا يختلف بالذكورة والانوثة و يحبس ولى الصغير اذا كان ممن يجوز له قضاء دينه لانه اذا كان الظلم بسبيل من قضاء دينه صار بالتأخير ظالما فيحبس ليقضى الدين فيندفع الظلم (وأما) الذى يرجع الى صاحب الدين فطلب الحبس من القاضى فما لم يطلب لا يحبس لان الدين حقه والحبس وسيلة الى حقه و وسيلة حق الانسان حقه وحق المرء انما يطلب بطلبه فلا بد من الطلب للحبس واذا عرف سبب وجوب الدين وشرائطه فان ثبت عند القاضى السبب مع شرائطه بالحجة حبسه لتحقق الظلم عنده بتأخير حقه من غير ضرورة والقاضى نصب لدفع الظلم فيندفع الظلم عنه وان اشتبه على القاضى حاله فى يساره واعساره ولم يقم عنده حجة على أحدهما وطلب الغرماء حبسه فانه يحبسه ليتعرف عن حاله انه فقير أم غنى فان علم انه غنى حبسه الى أن يقضى الدين لانه ظهر ظلمه بالتأخير وان علم انه فقير خلى سبيله لانه ظهر انه لا يستوجب الحبس فيطلقه ولكن لا يمنع الغرماء عن ملازمته عند أصحابنا الثلاثة رضى الله عنهم الا اذا قضى القاضى بالانظار لاحتمال ان يرزقه الله سبحانه وتعالى مالا اذ المال غادو رائح وعند زفر رحمه الله لا يلازمونه لقوله تبارك وتعالى وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة ذكر النظرة بحرف الفاء فتثبت من غير قضاء القاضى (ولنا) ان النظرة هى التأخير فلا بد وان يؤخر وهو ان يؤخره القاضى أو صاحب الحق ولا يمنعونه من التصرف ولا من السفر فاذا اكتسب يأخذون فضل كسبه فيقتسمونه بينهم بالحصص واذا مضى على حبسه شهر أو شهران أو ثلاثة ولم ينكشف حاله فى اليسار والاعسار خلى سبيله لان هذا الحبس كان لاستبراء حاله وابلاء عذره والثلاثة الاشهر مدة صالحة لاشتهار الحال وابلاء العذر فيطلقه لكن الغرماء لا يمنعون من ملازمته فيلازمونه لكن لا يمنعونه من التصرف والسفر على ماذكرنا ولو اختلفا فى اليسار والاعسار فقال الطالب هو موسر وقال المطلوب انا معسر فان قامت لاحدهما بينة قبلت بينته وان أقاما جميعا البينة فالبينة بينة الطالب لانها تثبت

زيادة وهي اليسار وان لم يقم لهما بينة فقد ذكر محمد في الكفالة والنكاح والزيادات انه ينظر ان ثبت الدين بمعاقدة كالبيع والنكاح والكفالة والصلح عن دم العمد والصلح عن المال والخلع أو ثبت تبعا فيما هو معاقدة كالنفقة في باب النكاح فالقول قول الطالب وكذا في الغصب والزكاة وان ثبت الدين بغير ذلك كاحراق الثوب أو القتل الذي لا يوجب القصاص ويوجب المال في مال الجاني وفي الخطا فالقول قول المطلوب وذكر الخصاف رحمه الله في آداب القاضي انه ان وجب الدين عوضا عن مال سالم للمشتري نحو ثمن المبيع الذي سلم له البيع والقرض والغصب والسلم الذي أخذ المسلم اليه رأس المال فالقول قول الطالب وكل دين ليس له عوض أصلا كاحراق الثوب أوله عوض ليس بمال كالمهر وبدل الخلع وبدل الصلح عن دم العمد والكفالة فالقول قول المطلوب واختلف المشايخ فيه قال بعضهم القول قول المطلوب على كل حال ولا يحبس لان الفقر أصل في بني آدم والغنا عارض فكان الظاهر شاهدا للمطلوب فكان القول قوله مع يمينه وقال بعضهم القول قول الطالب على كل حال لقوله عليه الصلاة والسلام لصاحب الحق اليد واللسان وقال بعضهم يحكم زيه اذا كان زيه زي الاغنياء فالقول قول الطالب وان كان زيه زي الفقراء فالقول قول المطلوب وعن الفقيه أبي جعفر الهندواني رحمه الله انه يحكم زيه فيؤخذ بحكمه في الفقر والغنا الا اذا كان المطلوب من الفقهاء أو العلوية أو الاشراف لان من عاداتهم التكلف في اللباس والتجمل بدون الغنا فيكون القول قول المديون انه معسر (وجه) ماذكره الخصاف رحمه الله ان القول في الشرع قول من يشهد له الظاهر واذا وجب الدين بدلا عن مال سلم له كان الظاهر شاهدا للطالب لانه ثبتت قدرة المطلوب بسلامة المال وكذا في الزكاة انها لا تجب الا على الغني فكان الظاهر شاهدا للطالب (وجه) قول محمد رحمه الله وهو ظاهر الرواية ان الظاهر شاهد للطالب فيما ذكرنا أيضا من طريق الدلالة وهو اقدامه على المعاقدة فان الاقدام على التزوج دليل القدرة اذ الظاهر ان الانسان لا يتزوج حتى يكون له شئ ولا يتزوج أيضا حتى يكون له قدرة على المهر وكذا الاقدام على الخلع لان المرأة لا تخالع عادة حتى يكون عندها شئ وكذا الصلح لا يقدم الانسان عليه الا عند القدرة فكان الظاهر شاهدا للطالب في هذه المواضع فكان القول قوله والله تعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما يمنع المحبوس عنه وما لا يمنع فالمحبوس ممنوع عن الخروج الى أشغاله ومهماته والى الجمع والجماعات والاعياد وتشييع الجنائز وعيادة المرضى والزيارة والضيافة لان الحبس للتوسل الى قضاء الدين فاذا منع عن اشغاله ومهماته الدينية والدنيوية تضجر فيسارع الى قضاء الدين ولا يمنع من دخول أقاربه عليه لان ذلك لا يخل بما وضع له الحبس بل قد يقع وسيلة اليه ولا يمنع من التصرفات الشرعية من البيع والشراء والهبة والصدقة والاقرار لغيرهم من الغرماء حتى لو فعل شيأ من ذلك نفذ ولم يكن للغرماء ولاية الابطال لان الحبس لا يوجب بطلان أهلية التصرفات ولو طلب الغرماء الذين حبس لاجلهم من القاضي ان يحجر على المحبوس من الاقرار والهبة والصدقة وغيرها لم يجبهم الى ذلك عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما له ان يجيبهم اليه وكذا اذا طلبوا من القاضي بيع ماله عليه مما سوى الدراهم والدنانير من المنقول والعقار له ان يجيبهم اليه عندهما وأما عند أبي حنيفة رحمه الله فلا يجيبهم الى ذلك وهي مسألة الحجر لكن اذا كان دينه دراهم وعنده دراهم فان القاضي يقضي بها دينه لانها من جنس حقه وان كان دينه دراهم وعنده دنانير باعها القاضي بالدراهم وقضى بها دينه وكذا اذا كان دينه دنانير وعنده دراهم باعها القاضي بالدنانير وقضى بها دينه فرق بين الدنانير والدراهم وبين سائر الاموال انه يبيع أحدهما بالآخر لقضاء الدين ولا يبيع سائر الاموال (ووجه) الفرق ان الدراهم والدنانير من جنس واحد من وجه بدليل انه يكمل نصاب أحدهما بالآخر في باب الزكاة والمؤدى عن أحدهما كان مؤدى عن الآخر عند الهلاك فكان بينهما مجانسة من وجه فصار كل واحد منهما كعين الآخر حكما وليس بين العروض وبين الدراهم والدنانير مجانسة بوجه فلا يملك التصرف على المحبوس ببيعهما بها ولان العروض اذا بيعت لقضاء الدين فانها لا تشترى مثل ما تشترى في سائر الاوقات بل دون

ذلك وفيه ضرر به ولا ضرر فى الدراهم والدنانير لانها لا تتفاوت وهذا بخلاف ما بعد الموت ان القاضى يبيع جميع ماله لقضاء دينه لان بيع القاضى ليس تصرفاً على الميت لبطلان أهليته بالموت ولانه رضى بذلك فى آخر جزء من أجزاء حياته هذا هو الظاهر لان قضاء الديون من حوائجه الاصلية فكان راضيا بقضاء الدين من أى مال كان تخليصاً لنفسه عن عهدة الدين عند ما سده عن حياته والله سبحانه وتعالى أعلم وينفق المحبوس على نفسه وعياله وأقاربه ولا يمنع من ذلك ولا عن شئ من التصرفات الشرعية والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما حبس العين بالدين فالمحبوس بالدين فى الاصل على نوعين محبوس هو مضمون ومحبوس هو أمانة والمضمون على نوعين أيضاً مضمون بالثمن ومضمون بالقيمة فالمضمون بالثمن كالمبيع فى يد البائع حتى لو هلك سقط الثمن لانه لو بقى لطالبه البائع به فيطالبه المشترى بتسليم المبيع لان البيع تمليك بازاء تمليك وتسليم بازاء تسليم وهو عاجز عن التسليم لهلاك المبيع فلا يملك مطالبته فلا يملك البائع مطالبته بالثمن فيسقط ضرورة عدم الفائدة فى البقاء ولان المبيع فى يد البائع لا يكون أدنى حالا من المقبوض على سوم الشراء وذلك مضمون فهذا أولى الا ان ذلك مضمون بالقيمة وهذا بالثمن لوجود التسمية الصحيحة ههنا وانعدام التسمية هناك أصلا وأما الوكيل بالشراء اذا أدى الثمن من مال نفسه فحبس السلعة لاستيفاء الثمن من الموكل فهلك فان كان قبل الطلب يهلك أمانة عند أصحابنا رحمهم الله الثلاثة وعند زفر رحمه الله يهلك مضمونا ولو كان بعد الطلب يهلك مضمونا لكن ضمان المبيع عند أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف ضمان الرهن وعند زفر رحمه الله ضمان الغصب وقد ذكرنا المسألة فى كتاب الوكالة وأما المضمون بالقيمة فكالمبيع بيعا فاسداً اذا لم يكن من ذوات الامثال اذا فسخ البائع البيع والمبيع فى يد المشترى فحبسه ليرد البائع الثمن عليه فهلك فى يده يهلك بقيمته ويتقاصان ويترادان الفضل وكذا المرهون مضمون عندنا لكن بالاقل من قيمته ومن الدين وعند الشافعى رحمه الله ليس بمضمون أصلا وهى مسألة كتاب الرهن وأما المحبوس الذى هو أمانة فنحو نماء الرهن فانه محبوس بالدين لكنه أمانة فى يد المرتهن حتى لو هلك لا يسقط شئ من الدين وكذا المستأجر دابة اجارة فاسدة اذا كان عجل الاجرة فحبسها لاستيفاء الاجرة المعجلة حتى هلكت فى يده تهلك أمانة والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ كتاب الاكراه ﴾

الكلام فى هذا الكتاب فى مواضع فى بيان معنى الاكراه لغة وشرعا وفى بيان أنواع الاكراه وفى بيان شرائط الاكراه وفى بيان حكم ما يقع عليه الاكراه اذا أتى به المكره وفى بيان ما عدل المكره الى غير ما وقع عليه الاكراه أو زاد على ما وقع عليه الاكراه أو نقص عنه (أما) الاول فالاكراه فى اللغة عبارة عن اثبات الكره والكره معنى قائم بالمكره ينافى المحبة والرضا ولهذا يستعمل كل واحد منهما مقابل الآخر قال الله سبحانه وتعالى وعسى أن تكرهوا شيأ وهو خير لكم وعسى أن تحبوا شيأ وهو شر لكم ولهذا قال أهل السنة ان الله تبارك وتعالى يكره الكفر والمعاصى أى لا يحبها ولا يرضى بها وان كانت الطاعات والمعاصى بارادة الله عز وجل وفى الشرع عبارة عن الدعاء الى الفعل بالايعاد والتهديد مع وجود شرائطها التى نذكرها فى مواضعها ان شاء الله تعالى

﴿ فصل ﴾ وأما بيان أنواع الاكراه فنقول انه نوعان نوع يوجب الالجاء والاضطرار طبعاً كالقتل والقطع والضرب الذى يخاف فيه تلف النفس أو العضو قل الضرب أو كثر ومنهم من قدره بعدد ضربات الحد وانه غير سديد لان المعول عليه تحقق الضرورة فاذا تحققت فلا معنى لصورة العدد وهذا النوع يسمى اكراهاً تاما ونوع لا يوجب الالجاء والاضطرار وهو الحبس والقيد والضرب الذى لا يخاف منه التلف وليس فيه تقدير لازم سوى ان يلحقه منه الاغتمام البين من هذه الاشياء أعنى الحبس والقيد والضرب وهذا النوع من الاكراه يسمى اكراها ناقصا

﴿ فصل ﴾ وأما شرائط الاكراه فنوعان نوع يرجع الى المكره ونوع يرجع الى المكره (أما) الذى يرجع الى المكره فهو ان يكون قادرا على تحقيق ما أوعد لان الضرورة لا تتحقق الا عند القدرة وعلى هذا قال أبو حنيفة رضى الله عنه ان الاكراه لا يتحقق الا من السلطان وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله انه يتحقق من السلطان وغيره (وجه) قولهما ان الاكراه ليس الا ايعادا بالحاق المكروه وهذا يتحقق من كل مسلط وأبو حنيفة رضى الله عنه يقول غير السلطان لا يقدر على تحقيق ما أوعد لان المكره يستغيث بالسلطان فيغيثه فاذا كان المكره هو السلطان فلا يجد غوثا وقيل انه لا خلاف بينهم فى المعنى انما هو خلاف زمان ففى زمن أبى حنيفة رضى الله عنه لم يكن لغير السلطان قدرة الاكراه ثم تغير الحال فى زمانهما فتغير الفتوى على حسب الحال والله سبحانه وتعالى أعلم فاما البلوغ فليس بشرط لتحقق الاكراه حتى يتحقق من الصبى العاقل اذا كان مطاعا مسلطا وكذلك العقل والتمييز المطلق ليس بشرط فيتحقق الاكراه من البالغ المختلط العقل بعد ان كان مطاعا مسلطا (وأما) النوع الذى يرجع الى المكره فهو ان يقع فى غالب رأيه وأكثر ظنه انه لو لم يجب الى مادعى اليه تحقق ما أوعد به لان غالب الرأى حجة خصوصا عند تعذر الوصول الى التعين حتى انه لو كان فى أكثر رأى المكره ان المكره لا يحقق ما أوعده لا يثبت حكم الاكراه شرعا وان وجد صورة الايعاد لان الضرورة لم تتحقق ومثله لو أمره بفعل ولم يوعده عليه ولكن فى أكثر رأى المكره انه لو لم يفعل تحقق ما أوعد يثبت حكم الاكراه لتحقق الضرورة ولهذا انه لو كان فى أكثر رأيه انه لو امتنع عن تناول الميتة وصبر الى ان يلحقه الجوع المهلك لازيل عنه الاكراه لا يباح له ان يعجل بتناولها وان كان فى أكثر رأيه انه وان صبر الى تلك الحالة لما ازيل عنه الاكراه يباح ان يتناولها للحال دل ان العبرة لغالب الرأى وأكثر الظن دون صورة الايعاد والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما يقع عليه الاكراه فنقول وبالله التوفيق ما يقع عليه الاكراه فى الاصل نوعان حسى وشرعى وكل واحد منهما على ضربين معين ومخير فيه أما الحسى المعين فى كونه مكرها عليه فالاكل والشرب والشتم والكفر والاتلاف والقطع عينا وأما الشرعى فالطلاق والعتاق والتدبير والنكاح والرجعة واليمين والنذر والظهار والايلاء والفىء فى الايلاء والبيع والشراء والهبة والاجارة والابراء عن الحقوق والكفالة بالنفس وتسليم الشفعة وترك طلبها ونحوها والله تعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان حكم ما يقع عليه الاكراه فنقول وبالله التوفيق اما التصرفات الحسية فيتعلق بها حكمان أحدهما يرجع الى الآخرة الثانى يرجع الى الدنيا أما الذى يرجع الى الآخرة فنقول وبالله التوفيق التصرفات الحسية التى يقع عليها الاكراه فى حق أحكام الآخرة ثلاثة أنواع نوع هو مباح ونوع هو مرخص ونوع هو حرام ليس بمباح ولا مرخص (أما) النوع الذى هو مباح فاكل الميتة والدم ولحم الخنزير وشرب الخمر اذا كان الاكراه تاما بان كان بوعيد تلف لان هذه الاشياء مما تباح عند الاضطرار قال الله تبارك وتعالى الا ما اضطررتم اليه أى دعتكم شدة المجاعة الى أكلها والاستثناء من التحريم إباحة وقد تحقق الاضطرار بالاكراه فيباح له التناول بل لا يباح له الامتناع عنه ولو امتنع عنه حتى قتل يؤاخذ به كما فى حالة المخمصة لانه بالامتناع عنه صار ملقيا نفسه فى التهلكة والله سبحانه وتعالى نهى عن ذلك بقوله تعالى ولا تلقوا بأيديكم الى التهلكة وان كان الاكراه ناقصا لا يحل له الاقدام عليه ولا يرخص أيضا لأنه لا يفعله للضرورة بل لدفع الغم عن نفسه فكانت الحرمة بحكمها قائمة وكذلك لو كان الاكراه بالاجاعة بان قال لتفعلن كذا والا لاجيعنك لا يحل له ان يفعل حتى يجيئه من الجوع ما يخاف منه تلف النفس أو العضو لان الضرورة لا تتحقق الا فى تلك الحالة والله تعالى أعلم (وأما) النوع الذى هو مرخص فهو اجراء كلمة الكفر على اللسان مع اطمئنان القلب بالايمان اذا كان الاكراه تاما وهو محرم فى نفسه مع ثبوت الرخصة فاثر الرخصة فى تغيير حكم الفعل وهو المؤاخذة لا فى تغيير وصفه وهو الحرمة لان كلمة الكفر مما لا يحتمل الاباحة بحال فكانت الحرمة

قائمة الا انه سقطت المؤاخـذة لعذر الاكراه قال الله تبارك وتعالى من كفر بالله من بعـد إيمانه الامن أكره وقلبه مطمئن بالايمان ولـكن من شرح بالـكفر صدرا فعليهم غضب من الله ولهم عذاب عظيم الامن أكره وقلبه مطمئن بالايمان على التقديم والتأخير فى الكلام والله سبحانه وتعالى أعلم والامتناع عنه أفضل من الاقدام عليه حتى لو امتنع فقتل كان مأجوراً لانه جاد بنفسه فى سبيـل الله تعالى فيرجو ان يكون له ثواب المجاهدين بالنفس هنا وقال عليـه الصلاة والسلام من قتل مجبراً فى نفسه فهو فى ظل العرش يوم القيامة وكذلك التكلم بشتم النبى عليه الصلاة والسلام مع اطمئنان القلب بالايمان والاصل فيه ماروى أن عمار بن ياسر رضى الله عنهما لما أكرهه الـكفار ورجع الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال له ماوراءك ياعمار فقال شر يارسول الله ماتركونى حتى نلت منك فقال رسول الله صـلى الله عليه وسلم ان عادوا فعد فقد رخص عليه الصلاة والسلام فى اتيان الـكلمة بشريطة اطمئنان القلب بالايمان حيث أمره عليه الصلاة والسلام بالعود الى ماوجد منه لكن الامتناع عنه أفضل لما مر ومن هذا النوع شتم المسلم لان عرض المسـلم حرام التعرض فى كل حال قال النبى عليه الصلاة والسلام كل المسلم على المسلم حرام دمه وعرضه وماله الا انه رخص له لعذر الاكراه وأثر الرخصة فى سقوط المؤاخذة دون الحرمة والامتناع عنه حفظاً لحرمة المسلم وايثاراً له على نفسه أفضـل ومن هذا النوع اتلاف مال المسلم لان حرمة مال المسلم حرمة دمه على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم فلا يحتمل السقوط بحال الا انه رخص له الاتلاف لعذر الاكراه حال المخمصة على ماذكر ولو امتنع حتى قتل لا يأثم بل يثاب لان الحرمة قائمـة فهو بالامتناع قضى حق الحرمة فكان مأجوراً لا مأزورا وكذلك اتلاف مال نفسه مرخص بالاكراه لـكن مع قيام الحرمة حتى انه لو امتنع فقتل لا يأثم بل يثاب لان حرمة ماله لا تسقط بالاكراه ألا ترى انه أبيح له الدفع قال النبى عليه الصلاة والسلام قاتل دون مالك وكذا من أصابته المخمصة فسأل صاحبـه الطعام فمنعه فامتنع من التناول حتى مات انه لا يأثم لما ذكرنا انه بالامتناع راعى حق الحرمة هذا اذا كان الاكراه تاما فان كان ناقصا من الحبس والقيد والضرب الذى لا يخاف منه تلف النفس والعضو لا يرخص له أصلا ويحكم بكفره وان قال كان قلبى مطمئنا بالايمان فلا يصدق فى الحكم على ماذكر ويأثم بشتم المسـلم واتلاف ماله لان الضرورة لم تتحقق وكذا اذا كان الاكراه تاما ولـكن فى أكبر رأى المكره ان المكره لا يحقق ماأوعده لا يرخص له الفعل أصلا ولو فعل يأثم لانعدام تحقق الضرورة لانعدام الاكراه شرعا والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) النوع الذى لا يباح ولا يرخص بالاكراه أصـلا فهو قتل المسلم بغـير حق سواء كان الاكراه ناقصا أو تاما لان قتل المسلم بغير حق لا يحتمـل الاباحة بحال قال الله تبارك وتعـالى ولا تقتلوا النفس التى حرم الله الا بالحق وكذا قطع عضو من أعضائه والضرب المهلك قال الله سبحانه وتعالى والذين يؤذون المؤمنـين والمؤمنات بغير ما اكتسبوا فقـد احتملوا بهتاناً واثما مبيناً وكذلك ضرب الوالدين قل أو كثر قال الله تعالى ولا تقل لهما اف والنهى عن التأفيف نهى عن الضرب دلالة بالطريق الاولى فكانت الحرمة قائمة بحكمها فلا يرخص الاقدام عليه ولو أقدم يأثم والله سبحانه وتعـالى أعلم (وأما) ضرب غير الوالدين اذا كان مما لا يخاف منه التلف كضرب سوط أو نحوه فيرجى ان لا يؤاخـذ به وكذا الحبس والقيـد لان ضرره دون ضرر المكره بكثير فالظاهر انه يرضى بهذا القدر من الضرر لاحياء أخيه ولو أذن له المكره عليه أو قطعه أو ضربه فقال للمكره افعل لا يباح له ان يفعل لان هذا مما لا يباح بالاباحة ولو فعل فهو آثم ألا ترى انه لو فعل بنفسـه أثم فبغيره أولى وكذا الزنا من هذا القبيل انه لا يباح ولا يرخص للرجل بالاكراه وان كان تاما ولو فعل يأثم لان حرمة الزنا ثابتة فى العقول قال الله سبحانه وتعالى ولا تقربوا الزنا انه كان فاحشة وساء سبيلا فدل انه كان فاحشة فى العقل قبل ورود الشرع فلا يحتمل الرخصة بحال كقتل المسلم بغـير حق ولو أذنت المرأة به لا يباح أيضا حرة كانت أو أمة أذن له مولاها لان الفرج لا يباح بالاباحة وأما المرأة فيرخص لها لان الذى يتصور منها ليس الا التمكين وهى مع ذلك مدفوعة اليه وهذا عندى فيه نظر لان فعل الزنا كما يتصور من الرجل يتصور من المرأة ألا ترى ان الله سبحانه وتعالى

سماها زانية الان زنا الرجل بالايلاج و زناها بالتمكين والتمكين فعل منها لكنه فعل سكوت فاحتمل الوصف بالحظر والحرمة فينبغى ان لا يختلف فيه حكم الرجل والمرأة فلا يرخص المرأة كما لا يرخص للرجل والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) الحكم الذى يرجع الى الدنيا فى الانواع الثلاثة اما النوع الاول فالمكره على الشرب لا يجب عليه الحد اذا كان الاكراه تاما لان الحد شرع زاجرا عن الجناية فى المستقبل والشرب خرج من ان يكون جناية بالاكراه وصار مباحا بل واجبا عليه على مامر واذا كان ناقصاً يجب لان الاكراه الناقص لم يوجب تغير الفعل عما كان عليه قبل الاكراه بوجه ما فلا يوجب تغير حكمه والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) النوع الثانى فالمكره على الكفر لا يحكم بكفره اذا كان قلبه مطمئنا بالايمان بخلاف المكره على الايمان أنه يحكم بايمانه والفرق بينهما من وجهين أحدهما ان الايمان فى الحقيقة تصديق والكفر فى الحقيقة تكذيب وكل ذلك عمل القلب والاكراه لا يعمل على القلب فان كان مصدقا بقلبه كان مؤمنا لوجود حقيقة الايمان وان كان مكذبا بقلبه كان كافرا لوجود حقيقة الكفر الا أن عبارة اللسان جعل دليلا على التصديق والتكذيب ظاهرا حالة الطوع وقد بطلت هذه الدلالة بالاكراه فبقى الايمان منه والكفر محتملا فكان ينبغى أن لا يحكم بالاسلام حالة الاكراه مع الاحتمال كما لم يحكم بالكفر فيها بالاحتمال الا انه حكم بذلك لوجهين أحدهما انا انما قبلنا ظاهر ايمانه مع الاكراه ليخالط المسلمين فيرى محاسن الاسلام فيؤل أمره الى الحقيقة وان كنا لا نعلم بايمانه لا قطعاً ولا غالبا وهذا جائز ألا ترى ان الله تبارك وتعالى أمرنا فى النساء المهاجرات بامتحانهن بعد وجود ظاهر الكلمة منهن بقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا اذا جاءكم المؤمنات مهاجرات فامتحنوهن ليظهر لنا ايمانهن بالدليل الغالب لقوله عز شأنه فان علمتموهن مؤمنات فلا ترجعوهن الى الكفار كذا ههنا وهذا المعنى لا يتحقق فى الاكراه على الكفر والثانى أن اعتبار الدليل المحتمل فى باب الاسلام يرجع الى اعلاء الدين الحق وان اعتبار الغالب يرجع الى ضده واعلاء الدين الحق واجب قال النبى عليه الصلاة والسلام الاسلام يعلو ولا يعلى فوجب اعتبار المحتمل دون الغالب اعلاء الدين الحق وذلك فى الحكم بايمان المكره على الايمان والحكم بعدم كفر المكره والله سبحانه وتعالى أعلم ولو اكره على الاسلام فأسلم ثم رجع يجبر على الاسلام ولا يقتل بل يحبس ولكن لا يقتل والقياس أن يقتل لوجود الردة منه وهى الرجوع عن الاسلام (وجه) الاستحسان انا انما قبلنا كلمة الاسلام منه ظاهراً طمعا للحقيقة ليخالط المسلمين فيرى محاسن الاسلام فينجع التصديق فى قلبه على مامر فاذا رجع تبين أنه لا مطمع لحقيقة الاسلام فيه وانه على اعتقاده الاول فلم يكن هذا رجوعا عن الاسلام بل اظهارا لما كان فى قلبه من التكذيب فلا يقتل وكذلك الكافر اذا أسلم وله أولاد صغار حتى حكم باسلامهم تبعا لابيهم فبلغوا كفارا يجبرون على الاسلام ولا يقتلون لانه لم يوجد منهم الاسلام حقيقة فلم يتحقق الرجوع عنه والله سبحانه وتعالى أعلم ولو اكره على أن يقر أنه أسلم أمس فاقر لا يحكم باسلامه لان الاكراه يمنع صحة الاقرار لما نذكر فى موضعه ان شاء الله تعالى واذا لم يحكم بكفره باجراء الكلمة لا تثبت أحكام الكفر حتى لا تبين منه امرأته والقياس أن تثبت البينونة لوجود سبب الفرقة وهو الكلمة أوهى من أسباب الفرقة بمنزلة كلمة الطلاق ثم حكم تلك لا يختلف بالطوع والكره فكذا حكم هذه (وجه) الاستحسان ان سبب الفرقة الردة دون نفس الكلمة وانما الكلمة دلالة عليها حالة الطوع ولم يبق دليلا حالة الاكراه فلم تثبت الردة فلا تثبت البينونة ولو قال المكره خطر ببالى فى قولى كفرت بالله ان أخبر عن الماضى كاذباً ولم أكن فعلت لا يصدق فى الحكم ويحكم بكفره لانه دعى الى انشاء الكفر وقد أخبر أنه أتى بالاخبار وهو غير مكره على الاخبار بل هو طائع فيه ولو قال طائعا كفرت بالله ثم قال عنيت به الاخبار عن الماضى كاذبا ولم أكن فعلت لا يصدق فى القضاء كذا هذا ويصدق فيما بينه و بين الله تعالى لانه يحتمله كلامه وان كان خلاف الظاهر ولو أكره على الاخبار فيما مضى ثم قال ما أردت به الخبر عن الماضى فهو كافر فى القضاء وفيما بينه و بين الله تعالى لانه لم يجبه الى ما دعاه اليه بل أخبر انه انشأ الكفر طوعا ولو قال لم

يخطر

يخطر بباله شيء آخر لا يحكم بكفره لانه اذا لم يرد شيأ يحمل على الاجابة الى ظاهر الكلمة مع اطمئنان القلب بالايمان فلا يحكم بكفره وكذلك لو أكره على الصلاة للصليب فقام يصلي فخطر بباله أن يصلي لله تعالى وهو مستقبل القبلة أو غير مستقبل القبلة فينبغي أن ينوي بالصلاة أن تكون لله عز وجل فاذا قال نويت به ذلك لم يصدق في القضاء ويحكم بكفره لانه أتى بغير ما دعي اليه فكان طائعا والطائع اذا فعل ذلك وقال نويت به ذلك لا يصدق في القضاء كذا هذا ويصدق فيما بينه و بين الله عز شأنه لانه نوى ما يحتمله فعله ولو صلى للصليب ولم يصل لله سبحانه وتعالى وقد خطر بباله ذلك فهو كافر بالله في القضاء وفيما بينه و بين الله تعالى لانه صلى للصليب طائعا مع امكان الصلاة لله تعالى وان كان مستقبل الصليب فان لم يخطر بباله شيء وصلى للصليب ظاهرا وقلبه مطمئن بالايمان لا يحكم بكفره و يحمل على الاجابة الى ظاهر ما دعي اليه مع سكون قلبه بالايمان وكذلك لو أكره على سب النبي عليه الصلاة والسلام فخطر بباله رجل آخر اسمه محمد فسبه وأقر بذلك لا يصدق في الحكم و يحكم بكفره لانه اذا خطر بباله رجل آخر فهذا طائع في سب النبي محمد عليه الصلاة والسلام ثم قال عنيت به غيره فلا يصدق في الحكم و يصدق فيما بينه و بين الله تعالى لانه يحتمله كلامه ولو لم يقصد بالسب رجلا آخر فسب النبي عليه الصلاة والسلام فهو كافر في القضاء وفيما بينه و بين الله جل شأنه ولو لم يخطر بباله شيء لا يحكم بكفره و يحمل على جهة الاكراه على ما مر والله سبحانه وتعالى أعلم هذا اذا كان الاكراه على الكفر تاما فاما اذا كان ناقصا يحكم بكفره لانه ليس بمكره في الحقيقة لانه ما فعله للضرورة بل لدفع الغم عن نفسه ولو قال كان قلبي مطمئنا بالايمان لا يصدق في الحكم لانه خلاف الظاهر كالطائع اذا أجرى الكلمة ثم قال كان قلبي مطمئنا بالايمان و يصدق فيما بينه و بين الله تعالى (وأما) المكره على اتلاف مال الغير اذا أتلفه يجب الضمان على المكره دون المكره اذا كان الاكراه تاما لان المتلف هو المكره من حيث المعنى وانما المكره بمنزلة الآلة على معنى انه مسلوب الاختيار ايثارا وارتضاء وهذا النوع من الفعل مما يمكن تحصيله بآلة غيره بأن يأخذ المكره فيضرب به على المال فامكن جعله آلة المكره فكان التلف حاصلا باكراهه فكان الضمان عليه وان كان الاكراه ناقصا فالضمان على المكره لان الاكراه الناقص لا يجعل المكره آلة المكره لانه لا يسلب الاختيار أصلا فكان الاتلاف من المكره فكان الضمان عليه وكذلك لو أكره على أن يأكل مال غيره فالضمان عليه لان هذا النوع من الفعل وهو الاكل مما لا يعمل عليه الاكراه لانه لا يتصور تحصيله بآلة غيره فكان طائعا فيه فكان الضمان عليه ولو أكره على أن يأكل طعام نفسه فأكل أو على أن يلبس ثوب نفسه فلبس حتى تخرق لا يجب الضمان على المكره لان الاكراه على أكل مال غيره لما لم يوجب الضمان على المكره فعلى مال نفسه أولى مع ما أن أكل مال نفسه ولبس ثوب نفسه ليس من باب الاتلاف بل هو صرف مال نفسه الى مصلحة بقائه ومن صرف مال نفسه الى مصلحته لا ضمان له على أحد ولو أذن صاحب المال المكره باتلاف ماله من غير اكراه فاتلفه لا ضمان على أحد لان الاذن بالاتلاف يعمل في الاموال لان الاموال مما تباح بالاباحة واتلاف مال مأذون فيه لا يوجب الضمان والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) النوع الثالث فأما المكره على القتل فان كان الاكراه تاما فلا قصاص عليه عند أبي حنيفة ومحمد رضي الله عنهما ولكن يعزر و يجب على المكره وعند أبي يوسف رحمه الله لا يجب القصاص عليهما ولكن تجب الدية على المكره وعند زفر رحمه الله يجب القصاص على المكره دون المكره وعند الشافعي رحمه الله يجب عليهما (وجه) قول الشافعي رحمه الله أن القتل اسم لفعل يفضي الى زهوق الحياة عادة وقد وجد في كل واحد منهما الا انه حصل من المكره مباشرة ومن المكره تسبيبا فيجب القصاص عليهما جميعا (وجه) قول زفر رحمه الله ان القتل وجد من المكره حقيقة حسا ومشاهدة وانكار المحسوس مكابرة فوجب اعتباره منه دون المكره اذ الاصل اعتبار الحقيقة لا يجوز العدول عنها الا بدليل (وجه) قول أبي يوسف رحمه الله ان المكره ليس بقاتل حقيقة بل هو مسبب للقتل وانما القاتل هو المكره حقيقة ثم لما لم يجب القصاص عليه فلان لا يجب على المكره أولى

(وجه) قول أبي حنيفة ومحمد عليهما الرحمة ماروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال عفوت عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه وعفوا الشيء عفوعن موجبه فكان موجب المستكره عليه معفوا بظاهر الحديث ولان القاتل هو المكره من حيث المعنى وانما الموجود من المكره صورة القتل فاشبه الآلة اذ القتل مما يمكن اكتسابه بآلة الغير كاتلاف المال ثم المتلف هو المكره حتى كان الضمان عليه فكذا القاتل ألاترى انه اذا أكره على قطع يد نفسه له أن يقتص من المكره ولو كان هو القاطع حقيقة لما اقتص ولان معنى الحياة أمر لا بدمنه في باب القصاص قال الله تعالى ولكم في القصاص حياة ومعنى الحياة شرعا واستيفاء لا يحصل بشرع القصاص في حق المكره واستيفائه منه على مامر في مسائل الخلاف لذلك وجب على المكره دون المكره وان كان الاكراه ناقصا وجب القصاص على المكره بلا خلاف لان الاكراه الناقص يسلب الاختيار أصلا فلا يمنع وجوب القصاص وكذلك لوكان المكره صبيا أومعتوها يعقل ما أمر به فالقصاص على المكره عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لماذ كرنا ولو كان الصبي المكره يعقل وهو مطاع أو بالغ مختلط العقل وهو مسلط لا قصاص عليه وعلى عاقلته الدية لان عمد الصبي خطأ ولو قال المكره على قتله للمكره اقتلني من غير اكراه فقتله لا قصاص عليه عند أصحابنا الثلاثة لانه لو قتله من غير اذن لا يجب عليه فهذا أولى وعند زفر يجب عليه القصاص وكذا لا قصاص على المكره عندنا وفي وجوب الدية روايتان وموضع المسئلة كتاب الديات ومن الاحكام التي تتعلق بالاكراه على القتل أن المكره على قتل مورثه لا يحرم الميراث عند أصحابنا الثلاثة لماذكرنا أن الموجود من المكره صورة القتل لا حقيقته بل هو في معنى الآلة فكان القتل مضافا الى المكره ولانه قتل لا يتعلق به وجوب القصاص ولا وجوب الكفارة فلا يوجب حرمان الميراث وعلى قياس قول زفر والشافعي رحمهما الله يحرم الميراث لانه يتعلق به وجوب القصاص (وأما) المكره فيحرم الميراث عند أبي حنيفة ومحمد والشافعي رضي الله عنهم لوجوب القصاص عليه وعند أبي يوسف وزفر رحمهما الله لا يحرم لانعدام وجوب القصاص عليه والكفارة والله سبحانه وتعالى أعلم هذا اذا كان المكره بالغا فان كان صبيا وهو وارث المقتول لا يحرم الميراث لان من شرط كون القتل جازما أن يكون حراما وفعل الصبي لا يوصف بالحرمة ولهذا اذا قتله بيد نفسه لا يحرم فاذا قتله بيد غيره أولى وكذلك المكره على قطع يد انسان اذا قطع فهو على الاختلاف الذي ذكرنا في القتل غير أن صاحب اليد اذا كان اذن للمكره بقطع يده من غير اكراه فقطع لا ضمان على أحد وفي باب القتل اذا أذن لمكره على قتله المكره بالقتل فقتل فهو اختلاف الرواية في وجوب الدية على المكره والله سبحانه وتعالى أعلم والفرق ان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال في بعض الاحوال والاذن باتلاف المال المحض مبيح فالاذن باتلاف ماله حكم المال في الجملة يورث شبهة الاباحة فيمنع وجوب الضمان بخلاف النفس يدل على التفرقة بينهما انه اذا قال له لتقطعن يدك والا لاقتلنك كان في سعة من ذلك ولا يسعه ذلك في النفس والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) المكره على الزنا فقد كان أبو حنيفة رحمه الله يقول أولا اذا أكره الرجل على الزنا يجب عليه الحد وهو القياس لان الزنا من الرجل لا يتحقق الا بانتشار الآلة والاكراه لا يؤثر فيه فكان طائعا في الزنا فكان عليه الحد ثم رجع وقال اذا كان الاكراه من السلطان لا يجب بناء على ان الاكراه لا يتحقق الا من السلطان عنده وعندهما يتحقق من السلطان وغيره فاذا جاء من غير السلطان ما يجيء من السلطان لا يجب والفرق لابي حنيفة ماذكرنا من قبل ان المكره يلحقه الغوث اذا كان الاكراه من غير السلطان ولا يجد غوثا اذا كان الاكراه منه (وأما) قوله ان الزنا لا يتحقق الا بانتشار الآلة فنعم لكن ليس كل من تنشر آلته يفعل فكان فعله بناء على اكراهه فيعمل فيه لضرورته مدفوعا اليه خوفا من القتل فيمنع وجوب الحد ولكن يجب العقر على المكره لان الزنا في دار الاسلام لا يخلو عن احدى الغرامتين وانما وجب العقر على المكره دون المكره لان الزنا مما لا يتصور تحصيله بآلة غيره والاصل ان كل ما لا يتصور تحصيله بآلة الغير فضمانه على المكره وما يتصور تحصيله

بالة

بآلة الغير فضمانه على المكره كذلك المرأة اذا أكرهت على الزنا لاحد عليها لانها بالاكراه صارت محمولة على التمكين خوفا من مضرة السيف فيمنع وجوب الحد عليها كما فى جانب الرجل بل أولى لان الموجود منها ليس الا التمكين ثم الاكراه لما أثر فى جانب الرجل فلان يؤثر فى جانبها أولى هذا اذا كان اكراه الرجل تاما فاما اذا كان ناقصا بحبس أو قيد أو ضرب لا يخاف منه التلف يجب عليه الحد لما مر ان الاكراه الناقص لا يجعل المكره مدفوعا الى فعل ما أكره فبقى مختارا مطلقا فيؤاخذ بحكم فعله (وأما) فى حق المرأة فلا فرق بين الاكراه التام والناقص و يدرأ الحد عنها فى نوعى الاكراه لانه لم يوجد منها فعل الزنا بل الموجود هو التمكين وقد خرج من أن يكون دليل الرضا بالاكراه فيدرأ عنها الحد هذا الذى ذكرنا اذا كان المكره عليه معينا فاما اذا كان مخيرا فيه بان أكره على أحد فعلين من الانواع الثلاثة غير معين فنقول و بالله التوفيق أما الحكم الذى يرجع الى الآخرة وهو ماذكرنا من الاباحة والرخصة والحرمة المطلقة فلا يختلف التخيير بين المباح والمرخص انه يبطل حكم الرخصة أعنى به ان كل ما يباح حالة التعيين يباح حالة التخيير وكلما لا يباح ولا يرخص حالة التعيين لا يباح ولا يرخص حالة التخيير وكل ما يرخص حالة التعيين يرخص حالة التخيير الا اذا كان التخيير بين المباح و بين المرخص و بيان هذه الجملة اذا أكره على أكل ميتة أو قتل مسلم يباح له الاكل ولا يرخص له القتل وكذا اذا أكره على أكل ميتة أو أكل مال لا يباح ولا يرخص حالة التعيين من قطع اليد وشتم المسلم والزنا يباح له الاكل ولا يباح له شىء من ذلك ولا يرخص كما فى حالة التعيين ولو امتنع من الاكل حتى قتل يأثم كما فى حالة التعيين ولو أكره على القتل والزنا لا يرخص له ان يفعل أحدهما ولو امتنع عنهما لا يأثم اذا قتل بل يثاب كما فى حالة التعيين ولو أكره على القتل أو الاتلاف لمال انسان رخص له الاتلاف ولو لم يفعل أحدهما حتى قتل لا يأثم بل يثاب كما فى حالة التعيين وكذا اذا أكره على قتل انسان و إتلاف مال نفسه يرخص له الاتلاف دون القتل كما فى حالة التعيين ولو امتنع عنهما حتى قتل لا يأثم وكذا لو أكره على القتل أو الكفر يرخص له ان يجرى كلمة الكفر اذا كان قلبه مطمئنا بالايمان ولا يرخص له القتل ولو امتنع حتى قتل فهو مأجور كما فى حالة التعيين فاما اذا أكره على أكل ميتة أو الكفر لم يذكر هذا الفصل فى الكتاب و ينبغى ان لا يرخص له كلمة الكفر أصلا كما لا يرخص له القتل لان الرخصة فى اجراء الكلمة لمكان الضرورة و يمكنه دفع الضرورة بالمباح المطلق وهو الاكل فكان اجراء الكلمة حاصلا باختياره مطلقا فلا يرخص له والله سبحانه وتعالى أعلم وأما الحكم الذى يرجع الى الدنيا فقد يختلف بالتخيير حتى انه لو أكره على أكل الميتة أو قتل المسلم فلم يأكل وقتل يجب القصاص على المكره لانه أمكنه دفع الضرورة بتناول المباح فكان القتل حاصلا باختياره من غير ضرورة فيؤاخذ بالقصاص ولو أكره على القتل أو الكفر فلم يأت بالكلمة وقتل فالقياس ان يجب القصاص على المكره لانه مختار فى القتل حيث آثر الحرام المطلق على المرخص فيه وفى الاستحسان انه لا قصاص عليه ولكن تجب الدية فى ماله ان لم يكن عالما ان لفظ الكفر مرخص له منهم من استدل بهذه اللفظة على انه لو كان عالما ومع ذلك تركه وقتل يجب القصاص على المكره لانه أخرجها مخرج الشرط ومنهم من قال لا يجب علم أو لم يعلم وجه الاستحسان ماذكر فى الكتاب ان أمر هذا الرجل محمول على انه ظن ان اجراء كلمة الكفر على اللسان أعظم حرمة من القتل فاورث شبهة الرخصة فى القتل والقصاص لا يجب مع الشبهات حتى لو كان عالما يجب القصاص عند بعضهم لانعدام الظن المورث للشبهة وعند بعضهم لا يجب لانه وان علم بالرخصة فقد استعظم حرف الكفر بالامتناع عنه فجعل استعظامه شبهة دارئة للقصاص والله سبحانه وتعالى أعلم وانما وجبت الدية فى ماله لا على العاقلة لانه عمد (وقال) عليه الصلاة والسلام لا تعقل العاقلة عمدا ولا يرجع على المكره لان القتل حصل باختياره فلا يملك الرجوع عليه ولو أكره على القتل أو الزنا فزنا القياس ان يجب عليه الحد وفى الاستحسان يدرأ عنه لما مر ولو قتل لا يجب القصاص على المكره ولكنه يؤدب بالحبس والتعزير و يقتص من المكره كما فى حالة التعيين على مامر والله سبحانه وتعالى أعلم هذا كله اذا كان الاكراه على الافعال

الحسية فاما اذا كان على التصرفات الشرعية فنقول و بالله التوفيق التصرفات الشرعية فى الاصل نوعان انشاء واقرار والانشاء نوعان نوع لا يحتمل الفسخ ونوع يحتمله أما الذى لا يحتمل الفسخ فالطلاق والعتاق والرجعة والنكاح واليمين والنذر والظهار والايلاء والفئ فى الايلاء والتدبير والعفو عن القصاص وهذه التصرفات جائزة مع الاكراه عندنا وعند الشافعى رحمه الله لا تجوز واحتج بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال عفوت عن امتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه فلزم ان يكون حكم كل ما استكره عليه عفواً ولان القصد الى ما وضع له التصرف شرط جوازه ولهذا لا يصح تصرف الصبى والمجنون وهذا الشرط يفوت بالاكراه لان المكره لا يقصد بالتصرف ما وضع له وانما يقصد دفع مضرة السيف عن نفسه (ولنا) ان عمومات النصوص واطلاقها يقتضى شرعية هذه التصرفات من غير تخصيص وتقييد (أما) الطلاق فلقوله سبحانه وتعالى فطلقوهن لعدتهن وقوله عليه الصلاة والسلام كل طلاق جائز الا طلاق الصبى والمعتوه ولان الفائت بالاكراه ليس الا الرضا طبعاً وانه ليس بشرط لوقوع الطلاق فان طلاق الهازل واقع وليس براض به طبعا وكذلك الرجل قد يطلق امرأته القائقة حسناً وجمالا الرائقة تغنجاً ودلالا لخلل فى دينها وان كان لا يرضى به طبعاً ويقع الطلاق عليها وأما الحديث فقد قيل ان المراد منه الاكراه على الكفر لان القوم كانوا حديثى العهد بالاسلام وكان الاكراه على الكفر ظاهراً يومئذ وكان يجرى على ألسنتهم كلمات الكفر خطأ وسهواً فعفا الله جل جلاله عن ذلك عن هذه الامة على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم مع ما انا نقول بموجب الحديث ان كل مستكره عليه معفو عن هذه الامة لكنا لا نسلم ان الطلاق والعتاق وكل تصرف قولى مستكره عليه وهذا لان الاكراه لا يعمل على الاقوال كما يعمل على الاعتقادات لان أحداً لا يقدر على استعمال لسان غيره بالكلام على تغيير ما يعتقده بقلبه جبراً فكان كل متكلم مختاراً فيما يتكلم به فلا يكون مستكرهاً عليه حقيقة فلا يتناوله الحديث وقوله القصد الى ما وضع له التصرف شرط اعتبار التصرف قلنا هذا باطل بطلاق الهازل ثم ان كان شرطاً فهو موجود ههنا لانه قاصد دفع الهلاك عن نفسه ولا يندفع عنه الا بالقصد الى ما وضع له فكان قاصدا اليه ضرورة ثم لا يخلو اما ان أكره على تنجيز الطلاق أو على تعليقه بشرط أو على تحصيل الشرط الذى علق به وقوع الطلاق وحكم الجواز لا يختلف فى نوعى التنجيز والتعليق وحكم الضمان يتفق مرة و يختلف أخرى وسنذكر تفصيل هذه الجملة فى فصل الاكراه على الاعتاق وانما نذكر ههنا حكم جواز التطليق المنجز فنقول اذا جاز طلاق المكره فان كان قبل الدخول بها يجب عليه نصف المفروض ان كان المهر مفروضاً والمتعة اذا لم يكن مفروضاً لان هذا حكم الطلاق قبل الدخول و يرجع به على المكره لانه هو الذى دفعه الى مباشرة سببه وهو الطلاق فكان قرار الضمان عليه واذا كان بعد الدخول بها يجب عليه كمال المهر ولا سبيل له على المكره لان المهر يتأكد باستيفاء منفعة البضع على وجه لا يحتمل السقوط وهو الذى استوفى المبدل باختياره فعليه تسليم البدل والله سبحانه وتعالى أعلم وكذلك اذا كان الاكراه ناقصا لا سبيل على المكره لانه لا يخل باختيار المكره أصلا على ما مر هذا اذا كان الاكراه على الطلاق فاما اذا كان الاكراه على التوكيل بالطلاق ففعله الوكيل فحكمه يذكر فى فصل الاكراه على الاعتاق ان شاء الله تعالى وأما العتاق فلما روى ان رجلا جاء الى النبى عليه الصلاة والسلام وقال علمنى عملا يدخلنى الجنة فقال اعتق النسمة وفك الرقبة فقال أوليسا واحدا فقال عليه الصلاة والسلام لا عتق النسمة ان تفرد بعتقها وفك الرقبة ان تعين فى عتقها وغيره من الاحاديث التى فيها الندب الى الاعتاق من غير فصل بين المكره والطائع ولان الاعتاق تصرف قولى فلا يؤثر فيه الاكراه كالطلاق ثم لا يخلو اما ان كان على تنجيز العتق أو على تعليقه بشرط أو على شرط العتق المعلق به أما اذا كان الاكراه على تنجيز العتق فاعتق يضمن المكره قيمة العبد موسرا كان أو معسرا ولا يرجع المكره على العبد بالضمان ولا سعاية على العبد والولاء لمولاه أما وجوب الضمان على المكره فلأن العبد آدمى هو مال والاعتاق اتلاف المالية والاموال مضمونة على المكره بالاتلاف فكان الضمان على المكره كما فى سائر الاموال و يستوى فيه يساره واعساره

لان ضمان الاتلاف لا يختلف باليسار والاعسار ولا يرجع على العبد بالضمان لان سبب وجوب الضمان منه باختياره فلامعنى للرجوع الى غيره والولاء للمكره لان الاعتاق من حيث هو كلام مضاف الى المكره لاستحالة ورود الاكراه على الاقوال فكان الولاء له ولا سعاية على العبد لان العبد انما يستسعى اما للتخريج الى العتق تكميلا له واما لتعليق حق الغير به وقد عتق كله فلا حاجة الى التكميل وكذا لا حق لاحد تعلق به فلا سعاية عليه ولو أكره على شراء ذى رحم محرم منه عتق عليه لان شراء القريب اعتاق بالنص والاكراه لا يمنع جواز الاعتاق لكن لا يرجع المكره ههنا بقيمة العبد على المكره لانه حصل له عوض وهو صلة الرحم ولو كان العبد مشتركا بين اثنين فأكره أحدهما على اعتاقه فاعتقه جاز عتقه لما ذكرنا ان الاكراه لا يمنع جواز الاعتاق لكن يعتق نصفه عند أبى حنيفة رضى الله عنه وعندهما يعتق كله بناء على ان الاعتاق يتجزأ عنده وعندهما لا يتجزأ ولا يضمن الشريك المكره للشريك الآخر نصيبه ولكن يضمن المكره نصيب المكره لان الاعتاق من حيث هو اتلاف المال مضاف الى المكره فكان المتلف من حيث المعنى هو المكره فكان الضمان عليه سواء كان موسرا أو معسرا وهذا بخلاف حالة الاختيار اذا اعتقه أحد الشريكين انه لا يضمن لشريكه الساكت اذا كان المعتق معسرا وههنا يضمن موسرا كان أو معسرا لان الضمان الواجب على المكره ضمان اتلاف على ما مر والاصل ان ضمان الاتلاف لا يختلف باليسار والاعسار فالواجب على أحد الشريكين حالة الاختيار ليس بضمان اتلاف لانعدام الاتلاف منه فى نصيب شريكه أما على أصل أبى حنيفة رضى الله عنه فظاهر لانه لا يعتق نصيب شريكه وأما على أصلهما فان عتق لكن لا باعتاقه لان اعتاقه تصرف فى ملك نفسه الا انه عتق نصيب شريكه عند تصرفه لا بتصرفه فلا يكون مضافا اليه كمن حفر بئرا فى دار نفسه فوقع فيها غيره أو سقى أرض نفسه ففسدت أرض غيره حتى لا يجب عليه الضمان الا ان وجوب الضمان على أحد الشريكين حالة الاختيار عرف شرعا والشرع ورد به على الموسر فيقتصر على مورد الشرع وشريك المكره بالخيار ان شاء أعتق نصيبه وان شاء دبره وان شاء كاتبه وان شاء استسعاه معسرا كان المكره أو موسرا وان شاء ضمن المكره ان كان موسرا فان اختار تضمين المكره فالولاء بين المكره والمكره لانه انتقل نصيبه اليه باختيار طريق الضمان وان اختار الاعتاق أو السعاية فالولاء بينه وبين شريكه وهذا قول أبى حنيفة رضى الله عنه وعندهما ان كان المكره موسرا فلشريك المكره ان يضمنه لا غير وان كان معسرا فله ان يستسعى العبد لا غير كما فى حالة الاختيار وموضع المسئلة فى كتاب العتاق وانما ذكرنا بعض ما يختص بالاكراه والله تعالى الموفق (وأما) التدبير فلان التدبير تحرير قال النبى عليه الصلاة والسلام المدبر لا يباع ولا يوهب وهو حر من الثلث الا انه للحال تحرير من وجه والاكراه لا يمنع نفاذ التحرير من كل وجه فلا يمنع نفاذ التحرير من وجه بالطريق الاولى ويرجع المكره على المكره للحال بما نقصه التدبير وبعد موته يرجع ورثته على المكره ببقية قيمته لان التدبير للحال اثبات الحرية من وجه وانما تثبت الحرية من كل وجه فى آخر جزء من أجزاء حياته فكان الاكراه على التدبير اتلافا للمال المكره للحال من وجه فيضمن بقدره من النقصان ثم يتكامل الاتلاف فى آخر جزء من أجزاء حياته فيتكامل الضمان عند ذلك وذلك بقية قيمته فاذا مات المكره صار ذلك ميراثا لورثته فكان لهم ان يرجعوا به على المكره والله تعالى الموفق هذا اذا أكره على تنجيز العتق فاما اذا أكره على تعليق العتق بشرط أما حكم الجواز فلا يختلف فى النوعين لما ذكرنا وأما حكم الضمان فقد يختلف بيان ذلك اذا أكره على تعليق العتق بفعل نفسه فانه ينظر فان كان فعلا لا بد منه بان كان مفروضا عليه أو يخاف من تركه الهلاك على نفسه كالاكل والشرب ففعله حتى عتق يرجع بالضمان على المكره لان الاكراه على تعليق العتق بفعل لا بد له منه اكراه على ذلك الفعل فكان مضافا الى المكره وان كان فعلا له منه بد كتقاضى دين الغريم أو تناول شىء له منه بد ففعل حتى عتق لا يرجع بالضمان على المكره لانه اذا كان له منه بد لا يكون مضطرا الى تحصيله اذ لا يلحقه بتركه كثير ضرر فاشبه الاكراه الناقص فلا يكون الاكراه على تعليق

العتق به اكراهاً عليه فلا يكون تلف المال مضافا الى المكره فلا يرجع عليه بالضمان ولو اكره على ان يقول كل مملوك أملكه فيما استقبله فهو حر فقال ذلك ثم ملك مملوكا حتى عتق عليه فان ملك بشراء او هبة أو صدقة او وصية لا ضمان على المكره لانه انما ملكه باختياره فيقطع اضافة اكراه الاتلاف الى المكره وان ملك بارث فكذلك فى القياس وفى الاستحسان يضمن لانه لا صنع للمكره فى الارث فبقى الاتلاف مضافا الى المكره ولو اكره على ان يقول لعبده ان شئت فانت حر فقال شئت حتى عتق ضمن المكره لان مشيئة المكره العتق توجد غالبا فأشبه التعليق بفعل لا بد منه فكان الاكراه على الاعتاق اكراها عليه هذا اذا اكره على تعليق العتق بالشرط فاما اذا اكره على تحصيل الشرط الذى علق به العتق عن طوع بأن قال رجل لعبد ان ملكتك فانت حر فاكره على الشراء فاشتراه حتى عتق لا يرجع على المكره بشىء لان العتق لم يثبت بالشرط وهو الشراء وانما ثبت بالكلام السابق وهو طائع فيه وكذا اذا قال لعبده ان دخلت الدار فانت حر فاكره على الدخول حتى عتق لا ضمان على المكره لما ذكرنا ثم انما يضمن المكره فى جميع ما وصفنا اذا كان الاكراه تاما فاما اذا كان ناقصاً فلا ضمان لما مر ان الاكراه الناقص لا يقطع الاضافة عن المكره بوجه فلا يوجب الضمان على المكره والله تعالى أعلم هذا الذى ذكرنا اذا أكره على الاعتاق المطلق عيناً فاما اذا أكره على أحدهما غير عين بان أكره على ان يعتق عبده أو يطلق امرأته فان لم تكن المرأة مدخولا بها ففعل المكره أحدهما غرم المكره الأقل من قيمة العبد ومن نصف مهر المرأة أما اذا فعل أقلهما ضمانا فظاهر لانه ما أتلف عليه الا هذا القدر وكذلك اذا فعل أكثرهما ضمانا لانه أمكنه دفع الضرورة بأقل الفعلين ضمانا فاذا فعل أكثرهما ضمانا كان مختاراً فى الزيادة لانعدام الاضطرار فى هذا القدر فلا يكون تلف هذا القدر مضافا الى المكره وان كانت المرأة مدخولا بها ففعل المكره أحدهما لا شىء على المكره أما اذا طلق فظاهر لان الطلاق بعد الدخول لا يوجب الضمان على المكره لما ذكرنا من قبل وكذلك اذا أعتق لانه أمكنه دفع الضرورة بما لا يتعلق فيه ضمان أصلا وهو الطلاق فكان مختاراً فى الاعتاق فلا يكون الاتلاف مضافا الى المكره فلا يضمن وكذلك اذا كانت المرأة غير مدخول بها ولكن الاكراه ناقص ففعل المكره أحدهما لا ضمان على المكره لما مر ان الاكراه الناقص لا يقطع اضافة الفعل الى المكره لان الضرورة لا تتحقق به فكان مختاراً مطلقا فيه فلا يؤاخذ به المكره هذا اذا اكره على الاعتاق فاما اذا أكره على التوكيل بالاعتاق فوكل غيره به ففعل الوكيل فالقياس ان لا يصح التوكيل ولا يجوز اعتاق الوكيل لان التوكيل تصرف يحتمل الفسخ فاشبه البيع ولهذا يبطله الهزل كالبيع فلا يصح مع الاكراه كما لا يصح البيع وفى الاستحسان يجوز لان الاكراه لا يمنع صحة الاعتاق فلا يمنع صحة التوكيل بالاعتاق بخلاف البيع فان الاكراه يمنع صحة البيع فيمنع صحة التوكيل به وأما قوله انه يحتمل الفسخ والهزل فنعم لكنه تصرف قولى فلا يعمل عليه الاكراه كما لا يعمل على الاعتاق والطلاق والنكاح وغيرها بخلاف البيع فانه اسم للمبادلة حقيقة وحقيقة المبادلة بالتعاطى وانما الايجاب والقبول دليل عليه حالة الطوع فيعمل عليه الاكراه على ما نذكره فى موضعه ان شاء الله تعالى واذا نفذ اعتاق الوكيل يرجع المكره على المكره بقيمة العبد استحسانا والقياس ان لا يرجع لان الموجود من المكره الاكراه على التوكيل بالاعتاق لا على الاعتاق وانما الاعتاق حصل باختيار الوكيل ورضاه فلا يكون مضافا الى المكره كشهود التوكيل بالاعتاق اذا رجعوا لا يضمنون لانهم شهدوا بالوكالة بالاعتاق كذا ههنا وجه الاستحسان ان الاكراه على التوكيل بالاعتاق اكراه على الاعتاق لانه اذا وكل بالاعتاق ملك الوكيل اعتاقه عقيب التوكيل بلا فصل فيعتقه فيتلف ماله فكان الاتلاف مضافا الى المكره فيؤاخذ بضمانه ولا ضمان على الوكيل لانه فعل بامره أمراً صحيحا وان كان الاكراه ناقصاً فلا ضمان على المكره لما مر غير مرة وأما النكاح فلعموم قوله تبارك وتعالى وانكحوا الايامى منكم وغيره من عمومات النكاح من غير تخصيص ولان النكاح تصرف قولى فلا يؤثر فيه الاكراه كالطلاق والعتاق ثم اذا جاز النكاح مع الاكراه فلا يخلو اما ان أكره الزوج أو المرأة فان أكره الزوج

فلا يخلو اما ان يكون المسمى فى النكاح مقدار مهر المثل واما ان يكون أقل من مهر المثل واما ان يكون أكثر منه فان كان المسمى قدر مهر المثل أو أقل منه يجب المسمى ولا يرجع به على المكره لانه ما أتلف عليه ماله حيث عوضه بمثله لان منافع البضع جعلت أموالا متقومة شرعا عند دخولها فى ملك الزوج لكونها سببا لحصول الآدمى تعظيما للآدمى وصيانة له عن الابتذال واذا لم يوجد الاتلاف فلا يجب عليه الضمان وان كان المسمى أكثر من مهر المثل يجب قدر مهر المثل وتبطل الزيادة لان تسمية الزيادة على قدر مهر المثل لم تصح مع الاكراه فبطلت وجعل كأنه لم يفرض الا قدر مهر المثل وهذا لان الاكراه وقع على النكاح وعلى ايجاب المال الا ان الاكراه لا يؤثر فى النكاح ويؤثر فى ايجاب المال كما يؤثر فى الاقرار بالمال فكان ينبغى ان لا تصح تسمية المهر أصلا الا انها صحت فى قدر مهر المثل شرعا لان الشرع لو أبطل هذا القدر لأثبته ثانيا فلم يكن الابطال مفيدا فلم يبطل لئلا يخرج الابطال مخرج العبث ولا ضرورة فى الزيادة فلا تصح تسميتها هذا اذا أكره الزوج على النكاح فاما اذا أكرهت المرأة فان كان المسمى فى النكاح قدر مهر المثل أو أكثر منه جاز النكاح ولزم وان كان المسمى أقل من مهر المثل بان أكرهت على النكاح بالف درهم ومهر مثلها عشرة آلاف فزوجها أولياؤها وهم مكرهون جاز النكاح لما ذكرنا وليس للمرأة على المكره من مهر مثلها شىء لان المكره ما أتلف عليها مالا لان منافع البضع ليست بمتقومة بانفسها وانما تصير متقومة بالعقد والعقد قومها بالقدر المسمى فلم يوجد من المكره اتلاف مال متقوم عليها فلا يجب عليه الضمان ولا يجب الضمان على الشهود أيضا لانه لما لم يجب على المكره فلأن لا يجب على الشهود أولى ثم ينظر ان كان الزوج كفأ فقال للزوج ان شئت فكمل لها مهر مثلها والا فنفرق بينكما فان فعل لزم النكاح وان أبى تكميل مهر المثل يفرق بينهما ان لم ترض بالنقصان لان لها فى كمال مهر مثلها حقا لانها تعير بنقصان مهر المثل فيلحقها ضرر العار واذا فرق بينهما قبل الدخول بها لاشىء على الزوج لان الفرقة جاءت من قبلها قبل الدخول بها ولو رضيت بالنقصان صريحا أو دلالة بان دخل بها عن طوع منها فلها المسمى وبطل حقها فى التفريق لكن بقى حق الاولياء فيه عند أبى حنيفة فلهم ان يفرقوا وعندهما ليس للاولياء حق التفريق لنقصان المهر على ما عرف فى كتاب النكاح ولو دخل بها على كره منها لزمه تكميل مهر المثل لان ذلك دلالة اختيار التكميل وان لم يكن الزوج كفأ فللمرأة خيار التفريق لانعدام الكفاءة ونقصان مهر المثل أيضا وكذا الاولياء عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما لهم خيار عدم الكفاءة أما لا خيار لهم لنقصان مهر المثل فان سقط أحد الخيارين عنها يبقى لها حق التفريق لبقاء الخيار الآخر وان سقط الخياران جميعا فللاولياء خيار عدم الكفاءة بالاجماع وفى خيار نقصان المهر خلاف على ما عرف حتى ان الزوج اذا دخل بها قبل التفريق على كره منها حتى لزمه التكميل بطل خيار النقصان وبقى لها عدم خيار الكفاءة ولو رضيت بعدم الكفاءة أيضا صريحا أو دلالة بان دخل بها الزوج على طوع منها سقط الخياران جميعا وبطل حقها فى التفريق أصلا لكن للاولياء الخياران جميعا وعندهما أحدهما دون الآخر ولو فرق بينهما قبل الدخول بها لاشىء على الزوج لان الفرقة ما جاءت من قبله بل من قبل غيره فلا يلزمه شىء وأما الرجعة فلعموم قوله تبارك وتعالى وبعولتهن أحق بردهن عاما من غير تخصيص ولان الرجعة لا تخلو من ان تكون بالقول أو بالفعل وهو الوطء واللمس عن شهوة والنظر الى الفرج عن شهوة والاكراه لا يعمل على النوعين فلا يمنع جوازها والله سبحانه وتعالى أعلم وأما اليمين والنذر بأن أكره على ان يوجب على نفسه صدقة أو حجا أو شيأ من وجوه القرب والظهار والايلاء والفىء فى الايلاء فلعمومات النصوص الواردة فى هذه الابواب من غير تخصيص الطائع قال الله تبارك وتعالى لا يؤاخذكم الله باللغو فى أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان وقال سبحانه وتعالى وليوفوا نذورهم وقال جل شأنه يأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود أى بالعهود ولان النذر يمين وكفارته كفارة اليمين على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال سبحانه وتعالى والذين يظاهرون من نسائهم وقال جلت عظمته وكبرياؤه للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر فان فاؤا فان الله غفور رحيم وان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم ولان هذه تصرفات قولية وقدمر ان الاكراه

لا يعمل على الاقوال والفىء فى الايلاء فى حق القادر بالجماع وفى حق العاجز بالقول والاكراه لا يؤثر فى النوعين جميعا فكان طائعا فى الفىء فتلزمه الكفارة ولا تلزمه فى هذه التصرفات من الكفارة والقربة المنذور بها على المكره لان الكفارة وجبت على المكره على سبيل التوسيع وكذا المنذور به لان الامر بهما مطلق عن الوقت وهما مما لا يجبر على فعلهما أيضا فلو وجب على المكره لكان لا يخلو من ان يجب عليه على الوجه الذى وجب على المكره أو على الوجه الذى وجب عليه ولا سبيل الى الاول لان الايجاب على هذا الوجه لا يفيد المكره شيئا فلا معنى لرجوعه عليه ولا سبيل الى الثانى لانه يؤدى الى تغيير المشروع من وجهين أحدهما جعل الموسع مضيقا والثانى جعل ما لا يجبر على فعله مجبوراً على فعله وكل ذلك تغيير ولا يجوز تغيير المشروع من وجه فكيف يجوز من وجهين وكذا فى الايلاء اذا لم يقربها حتى بانت بتطليقة لا يرجع بما لزمه على المكره لانه انما لزمه ترك القربان وهو مختار فى تركه لانه يمكنه ان يقربها فى المدة حتى لا تبين فلا يلزمه فاذا لم يقرب كان ترك القربان حاصلا باختياره فلا يكون مضافا الى المكره والله سبحانه وتعالى أعلم ولو أكره على كفارة اليمين لم يرجع على المكره لانها لزمته بفعله ولو أكره على ان يعتق عبده عن ظهاره ينظر ان كانت قيمته قيمة عبد وسط لا يرجع على المكره بشىء لان ذلك وجب عليه بفعله فلا يرجع به عليه وان كانت قيمته أكثر من ذلك يرجع عليه بالزيادة لانه أتلف ذلك القدر عليه لان الزيادة على عبد وسط لا تجب عليه بالظهار ولا تجزيه عن الظهار لانه اعتاق دخله عوض والاعتاق بعوض وان قل لا يجزى عن التكفير وأما العفو عن دم العمد فلعمومات قوله تبارك وتعالى فمن تصدق به فهو كفارة له وقوله به أى بالقصاص لانه أقرب المذكور والتصدق بالقصاص هو العفو وقوله عز شأنه وان تعفوا أقرب للتقوى ولا تنسوا الفضل بينكم فقد ندب سبحانه وتعالى الى العفو عاما ولانه تصرف قولى فلا يؤثر فيه الاكراه ولا ضمان على المكره لانه لم يوجد منه اتلاف المال لان القصاص ليس بمال ولهذا لا يجب الضمان على شهود العفو اذا رجعوا والله سبحانه وتعالى أعلم وأما النوع الذى يحتمل الفسخ فالبيع والشراء والهبة والاجارة ونحوها فالاكراه يوجب فساد هذه التصرفات عند أصحابنا الثلاثة رضى الله عنهم وعند زفر رحمه الله يوجب توقفها على الاجازة كبيع الفضولى وعند الشافعى رحمه الله يوجب بطلانها أصلا (ووجه) قولهما ان الرضا شرط البيع شرعا قال الله تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض منكم والاكراه يسلب الرضا يدل عليه انه لو أجاز المالك يجوز والبيع الفاسد لا يحتمل الجواز بالاجازة كسائر البياعات الفاسدة فاشبه بيع الفضولى وهذه شبهة زفر رحمه الله (ولنا) ظواهر نصوص البيع عاما مطلقا من غير تخصيص وتقييد ولان ركن البيع وهو المبادلة صدر مطلقا من أهل البيع فى محل وهو مال مملوك البائع فيفيد الملك عند التسليم كما فى سائر البياعات الفاسدة ولا فرق سوى ان المفسد هناك لمكان الجهالة أو الربا أو غير ذلك وهنا الفساد لعدم الرضا طبعا فكان الرضا طبعا شرط الصحة لا شرط الحكم وانعدام شرط الصحة لا يوجب انعدام الحكم كما فى سائر البياعات الفاسدة الا ان سائر البياعات لا تلحقها الاجازة لان فسادها لحق الشرع من حرمة الربا ونحو ذلك فلا يزول برضا العبد وههنا الفساد لحق العبد وهو عدم رضاه فيزول باجازته ورضاه واذا فسد البيع والشراء بالاكراه فلا بد من بيان ما يتعلق به من الاحكام فى الجملة والجملة فيه ان الامر لا يخلو من ثلاثة أوجه اما ان كان المكره هو البائع واما ان كان هو المشترى واما ان كانا جميعا مكرهين فان كان المكره هو البائع فلا يخلو الامر فيه من وجهين اما ان كان مكرها على البيع طائعا فى التسليم واما ان كان مكرها على البيع والتسليم جميعا فان كان مكرها على البيع طائعا فى التسليم فباع مكرها وسلم طائعا جاز لان البيع فى الحقيقة اسم للمبادلة فاذا سلم طائعا فقد أتى بحقيقة البيع باختياره فيجوز بطريق التعاطى فكان ما أتى به من لفظ البيع بالاكراه وجوده وعدمه بمنزلة واحدة الا انه لا يكون التسليم منه طائعا اجازة لذلك البيع بل يكون هذا بيعا مبتدأ بطريق التعاطى والثانى ان التسليم منه اجازة لذلك البيع لانه ليس من شرط صحة البيع صحة التسليم حتى يكون الاكراه على البيع اكراها على ما لا صحة له بدونه اذ البيع يصح بدون التسليم فكان طائعا فى التسليم فصلح ان يكون دليلا للاجازة بخلاف المكره

على

على الهبة والصدقة اذا سلم طائعا انه لا يجوز ولا يكون التسليم اجازة لان القبض شرط لصحتها ألا ترى انهما لا يصحان بدون القبض فكان الاكراه عليهما اكراها على القبض فلم يصح التسليم دليلا على الاجازة فهو الفرق هذا اذا كان مكرها على البيع طائعا في التسليم فاما اذا كان مكرها عليهما جميعا فباع مكرها وسلم مكرها كان البيع فاسدا لان حقيقة البيع هو المبادلة والاكراه يؤثر فيها بالفساد ويثبت الملك للمشتري لما قلنا حتى لو كان المشتري عبدا فاعتقه نفذ اعتاقه وعليه قيمة العبد لان بالاعتاق تعذر عليه الفسخ اذ الاعتاق مما لا يحتمل الفسخ فتقرر الهلاك فتقررت عليه القيمة فكان له ان يرجع بقيمة العبد عليه كالبائع والمكره بالخيار ان شاء رجع على المكره بقيمته ثم المكره يرجع على المشتري وان شاء رجع على المشتري أما حق الرجوع على المكره فلانه أتلف عليه ماله بازالة يده عنه فاشبه الغاصب فيرجع عليه بضمان ما أتلفه كالغاصب ثم يرجع بما ضمنه على المشتري لانه ملكه باداء الضمان فنزل منزلة البائع وأما حق الرجوع على المشتري فلانه في حق البائع بمنزلة غاصب الغاصب وللمالك ولاية تضمين غاصب الغاصب كذا هذا ولو أعتقه المشتري قبل القبض لا ينفذ اعتاقه لان البيع الفاسد لا يفيد الملك قبل القبض والاعتاق لا ينفذ في غير الملك فان أجاز البائع البيع بعد الاعتاق نفذ البيع ولم ينفذ الاعتاق وهذه المسئلة من حيث الظاهر تدل على ان الملك يثبت بالاجازة فكانت الاجازة في حكم الانشاء ولكنا نقول ان الملك يثبت بالبيع السابق عند الاجازة بطريق الاستناد والمستند متقصر من وجه ظاهر من وجه فجاز أن لا يظهر في حق المعلق بل يقتصر وللبائع خيار الفسخ والاجازة في هذا البيع قبل القبض وبعده لان الملك وان ثبت بعد القبض لكنه غير لازم لاجل الفساد فيثبت له خيار الفسخ والاجازة قبل القبض وبعده دفعا للفساد وأما المشتري فله حق الفسخ قبل القبض لانه لا حكم لهذا البيع قبل القبض وليس له حق الفسخ بعد القبض لانه طائع في الشراء فكان لازما في جانبه لكن انما يملك البائع فسخ هذا العقد اذا كان بمحل الفسخ فاما اذا لم يكن بأن تصرف المشتري تصرفا لا يحتمل الفسخ كالاعتاق والتدبير والاستيلاد لا يملك الفسخ وتلزمه القيمة وان تصرف تصرفا يحتمل الفسخ كالبيع والاجارة والكفالة ونحوها يملك الفسخ بخلاف سائر البياعات الفاسدة فان تصرف المشتري بازالة الملك يوجب بطلان حق الفسخ أي تصرف كان (ووجه) الفرق ان حق الفسخ هناك ثبت لمعنى يرجع الى المملوك من الزيادة والجهالة ونحو ذلك وقد زال ذلك المعنى بزوال المملوك عن ملك المشتري بطل حق الفسخ فاما ثبت حق الفسخ لمعنى يرجع الى المالك وهو كراهته وفوات رضاه وانه قائم فكان حق الفسخ ثابتا وكذلك لو باعه المشتري الثاني حتى تداولته الايدي له أن يفسخ العقود كلها لما ذكرنا وكذا انما يملك الاجازة اذا كان بمحل الاجازة فاما اذا لم يكن بأن تصرف المشتري تصرفا لا يحتمل الفسخ لا تجوز اجازته حتى لا يجب الثمن على المشتري بل تجب عليه قيمة العبد لان قيام المحل وقت الاجازة شرط لجواز الاجازة لان الحكم يثبت في المحل ثم يستند والهالك لا يحتمل الملك فلا يحتمل الاجازة والمحل بالاعتاق صار في حكم الهالك وتقرر هلاكه لانه لا يحتمل الفسخ فيتقرر على المشتري قيمته وان تصرف تصرفا يحتمل الفسخ كالبيع ونحوه يملك الاجازة وان تداولته الايدي واذا أجاز واحدا من العقود جازت العقود كلها ما بعد هذا العقد وما قبله أيضا بخلاف الغاصب اذا باع المغصوب ثم باعه المشتري هكذا حتى تداولته الايدي وتوقفت العقود كلها فأجاز المالك واحدا منها انما كان يجوز ذلك العقد خاصة دون غيره ولو لم يجز المالك شيأ من العقود ولكنه ضمن واحدا منهم يجوز ما بعد عقده دون ما قبله والفرق ان في باب الغصب لم ينفذ شيء من العقود بل توقف نفاذ الكل على الاجازة فكانت الاجازة شرط النفاذ فينفذ ما لحقه الشرط دون غيره أما ههنا فالعقود ما توقف نفاذها على الاجازة لوقوعها نافذة قبل الاجازة اذ الفساد لا يمنع النفاذ فكانت الاجازة ازالة الاكراه من الاصل ومتى جاز الاكراه من الاصل جاز العقد الاول فتجوز العقود كلها فهو الفرق وبخلاف ما اذا ضمن المغصوب منه أحدهم لانه ملك المغصوب عند اختيار أخذ الضمان منه من وقت جنايته وهو القبض اما

بطريق الظهور واما بطريق الاستناد على ما عرف فى مسائل الخلاف فلا يظهر فيما قبله من العقود وههنا بخلافه على
ما مر واذا قال البائع أجزت جاز البيع لان المانع من الجواز هو الاكراه والاجازة ازالة الاكراه وكذا اذا قبض
الثمن لان قبض الثمن دليل الاجازة كالفضولى اذا باع مال غيره فقبض المالك الثمن ولو لم يعتقه المشترى الاول ولكن
أعتقه المشترى قبل الاجازة نفذ اعتاقه لان الملك ثابت له بالشراء وسواء كان قبض العبد أولا لان شراءه صحيح فيفيد
الملك بنفسه بخلاف اعتاق المشترى الاول قبل القبض لان البيع الفاسد لا يفيد الملك بنفسه بل بواسطة القبض ولو
أعتقه المشترى الاخير ثم أجاز البائع العقد الاول لم تجز اجازته حتى لا يملك المطالبة بالثمن بل تجب القيمة وهو بالخيار ان
شاء رجع بها على المكره والمكره يرجع على المشترى الاول وان شاء رجع على أحد المشتريين أيهما كان أما الرجوع
على المكره فلما ذكرنا فى اعتاق المشترى الاول انه أتلف عليه ملكه معنى فله أن يأخذ منه ضمان الاتلاف وللمكره
أن يرجع بذلك على المشترى الاول لانه ملك المضمون باداء الضمان فنزل منزلة البائع وكان للبائع أن يرجع عليه بالضمان
فكذا له ويصح كل عقد وجد بعد ذلك وان شاء المكره رجع على أحد المشتريين أيهما شاء لان كل واحد منهما
فى حق البائع بمنزلة غاصب الغاصب فان اختار تضمين المشترى الاول برئ المكره وصحت البياعات كلها لانه ملك
المشترى الاول باختيار تضمينه فتبين انه باع ملك نفسه فصح فيصح كل بيع وجد بعد ذلك وان اختار تضمين
المشترى الآخر صح كل بيع وجد بعد ذلك وبطل كل بيع كان قبله لانه لما اختار تضمينه فقد خصه بملك
المضمون فتبين ان كل بيع كان قبله كان بيع ما لا يملكه البائع فبطل والله سبحانه وتعالى أعلم هذا اذا كان المكره
هو البائع فأما اذا كان المكره هو المشترى دون البائع فلكل واحد منهما حق الفسخ قبل القبض وبعد القبض حق
الفسخ للمشترى دون البائع لما ذكرنا فى اكراه البائع وللمشترى أن يجيز هذا العقد كما للبائع اذا كان مكرها ولو أكره
على الشراء والقبض ودفع الثمن والمشترى عبد فاعتقه المشترى فذلك اجازة للبيع لان هذه التصرفات لا تحتمل الفسخ
بعد وجودها فكان الاقدام عليها التزاما للمالك كالمشترى بشرط الخيار اذا فعل شيأ من ذلك وكذلك لو كان
المشترى أمة فوطئها أو قبلها بشهوة فهو اجازة للبيع لانه لو نقض البيع لتبين ان الوطء صادف ملك الغير وذلك حرام
والظاهر من حال المسلم التحرز عن الحرام فكان اقدامه عليه التزاما للبيع دلالة ولو لم يقبضه المشترى حتى أعتقه البائع
نفذ اعتاقه لانه على ملكه قبل التسليم وان أعتقه المشترى نفذ اعتاقه استحسانا والقياس أن لا ينفذ وجه القياس ظاهر
لانه أعتق ما لا يملكه ولا عتق فيما لا يملكه ابن آدم على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم (وجه) الاستحسان أن
المشترى يملك اجازة هذا البيع فاقدامه على الاعتاق اجازة له تصحيحا لتصرفه وهذا لان تصرف العاقل تجب صيانته
عن الالغاء ما أمكن ولا صحة لتصرفه الا بالملك ولا يثبت الملك قبل القبض الا بالاجازة فيقتضى الاعتاق اجازة هذا
العقد سابقا عليه أو مقارنا له تصحيحا له كما فى قوله لغيره اعتق عبدك عنى على ألف درهم ولهذا نفذ اعتاق المشترى
بشرط الخيار كذا هذا هذا اذا أعتقه المشترى وحده ولو أعتقاه جميعا معا قبل القبض فاعتاق البائع أولى لوجهين
أحدهما ان ملك البائع ثابت مقصودا وملك المشترى يثبت ضمنا للاجازة الثابتة ضمنا للاعتاق فكان تنفيذ اعتاق
البائع أولى والثانى أن ملك البائع ثابت فى الحال وملك المشترى يثبت فى الثانى فاعتبار الموجود للحال أولى هذا اذا كان
المكره هو البائع أو المشترى فاما اذا كانا جميعا مكرهين على البيع والشراء فلكل واحد منهما خيار الفسخ والاجازة لان
البيع فاسد فى حقهما والثابت بالبيع الفاسد ملك غير لازم فكان بمحل الفسخ والاجازة فان أجازا جميعا جاز وان أجاز
أحدهما دون الآخر جاز فى جانبه وبقى الخيار فى حق صاحبه ولو أعتقه المشترى قبل وجود الاجازة من أحدهما
أصلا نفذ اعتاقه ولزمه القيمة لان الاعتاق تصرف لا يحتمل النقض فكان اقدامه عليه التزاما للبيع فى جانبه ولا
تجوز اجازة البائع بعد ذلك لانه خرج من أن يكون محلا للاجازة بالاعتاق لما ذكرنا أن قيام المحل وقت الاجازة شرط
صحة الاجازة وقد هلك بالاعتاق ولو لم يعتقه المشترى ولكن أجاز أحدهما البيع ثم اعتقاه معا نفذ اعتاق البائع وبطل

اعتاق المشترى لانه لا يخلو اما ان كانت الاجازة من المشترى أو من البائع فان كانت من المشترى نفذ اعتاق البائع لان اجازة المشترى لم تعمل فى جانب البائع فبقى البائع على خياره فاذا أعتق نفذ اعتاقه و بطل اعتاق المشترى لانه أبطل خياره بالاجازة وان كانت الاجازة من البائع فتنفيذ اعتاقه أولى أيضا لما ذكرنا من الوجهين فى اكراه المشترى ولو أجاز البائع البيع ثم أعتق المشترى ثم أعتق البائع بعده نفذ اعتاق المشترى ولزمه الثمن ولا ينفذ اعتاق البائع أما نفوذ اعتاق المشترى فلبقاء الخيار له وأما عدم نفوذ اعتاق البائع فلسقوط خياره بالاجازة (وأما) لزوم الثمن المشترى فللزوم البيع فى الجانبين جميعا والله سبحانه وتعالى أعلم ويستوى أيضا فى باب البيع والشراء الاكراه التام والناقص لان كل ذلك يفوت الرضا ويستوى فى الاكراه على البائع تسمية المشترى وترك التسمية حتى يفسد البيع فى الحالين جميعا لان غرض المكره فى الحالين جميعا واحد وهو ازالة ملك البائع وذلك يحصل بالبيع من أى انسان كان ولو أوعده بضرب سوط أو الحبس يوما أو القيد يوما فليس ذلك من الاكراه فى شئ لان ذلك لا يغير حال المكره عما كان عليه من قبل هذا اذا ورد الاكراه على البيع والتسليم فأما اذا ورد على التوكيل بالبيع والتسليم فباع الوكيل وسلم وهو طائع والمبيع عبده فولى العبد بالخيار ان شاء ضمن المكره وان شاء ضمن الوكيل أو المشترى فان ضمن الوكيل رجع على المشترى وان ضمن المشترى لا يرجع على أحد أما ولاية تضمين المكره فلان الاكراه على التوكيل بالبيع اكراه على البيع لكن بواسطة التوكيل لان التوكيل بالبيع تسبيب الى ازالة اليد وانه اتلاف معنى فكان التلف بهذه الواسطة مضافا الى المكره فكان له ولاية تضمين المكره وأما تضمين الوكيل فلانه قبض ماله بغير رضاه وكذلك المشترى وقبض مال الانسان بغير رضاه سبب لوجوب الضمان فكان له ولاية تضمين أيهما شاء فان ضمن الوكيل يرجع عن المشترى بقيمة العبد لانه لما أدى الضمان فقد نزل منزلة البائع فيملك تضمينه كالبائع ولكن لا ينفذ ذلك البيع باداء الضمان لانه ما ملكه باداء الضمان لانه لم يبعه لنفسه بل لغيره وهو المالك فيتقف نفاذه على اجازة من وقع له العقد وهو المالك لا على فعل يوجد منه وهو أداء الضمان وهذا بخلاف ما اذا باع الغاصب المغصوب ثم أدى الضمان أنه ينفذ بيعه لان هناك باعه لنفسه لا لغيره وهو المالك لانه ملكه باداء الضمان فجاز وقوفه على فعله وهو أداء الضمان وجاز وقوفه على فعل مالكه أيضا قبل أداء الضمان لان الغاصب انما يملكه بأداء الضمان ومن الجائز أن لا يختار المالك الضمان فلا يملكه الغاصب لذلك وقف على اجازة المالك وان اختار تضمين المشترى لا يرجع المشترى على أحد لان القيمة بدل المبيع وقد سلم له المبدل ثم ان كان البائع قبض الثمن من المشترى يسترده منه وان كان لم يقبضه فلا شئ والله سبحانه وتعالى أعلم هذا اذا كان كالاكراه تاما فان كان ناقصا لا يرجع المكره بالضمان على المكره لان الاكراه الناقص لا يوجب نسبة الاتلاف اليه على ما بينا ولكنه يرجع الى الوكيل أو المشترى لما بينا والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) الاكراه على الهبة فيوجب فسادها كالاكراه على البيع حتى انه لو وهب مكرها وسلم مكرها ثبت الملك كما فى البيع الا انهما يفترقان من وجه وهو ان فى باب البيع اذا باع مكرها وسلم طائعا يجوز البيع وفى باب الهبة مكرها لا يجوز سواء سلم مكرها أو طائعا وقد بينا الفرق بينهما فيما تقدم وكذلك تسليم الشفعة من هذا القبيل أنه لا يصح مع الاكراه لان الشفعة فى معنى البيع ألا ترى انه لا يتعلق صحته باللسان كالبيع حتى تبطل الشفعة بالسكوت فأشبه البيع ثم البيع يعمل عليه الاكراه فكذلك تسليم الشفعة ومن هذا القبيل الاكراه على الابراء عن الحقوق لان الابراء فيه معنى التمليك ولهذا لا يحتمل التعليق بالشرط ولا يصح فى المجهول كالبيع ثم البيع يعمل عليه الاكراه فكذلك الابراء عن الكفالة بالنفس ابراء عن حق المطالبة بتسليم النفس الذى هو وسيلة المال فكان ملحقا بالبيع الذى هو تمليك المال فيعمل عليه الاكراه كما يعمل على البيع والله سبحانه وتعالى أعلم هذا اذا كان الاكراه على الانشاء فأما اذا كان على الاقرار فيمنع صحة الاقرار سواء كان المقر به محتملا للفسخ أو لم يكن لان الاقرار اخبار وصحة الاخبار عن الماضى بوجود المخبر به سابقا على الاخبار والمخبر به ههنا يحتمل الوجود والعدم وانما يترجح جنبة الوجود على جنبة العدم

بالصدق وحال الاكراه لا يدل على الصدق لان الانسان لا يتحرج عن الكذب حالة الاكراه فلا يثبت الرجحان ولان الاقرار من باب الشهادة قال الله تبارك وتعالى يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم والشهادة على أنفسهم ليس الا الاقرار على أنفسهم والشهادة ترد بالتهمة وهو متهم حالة الاكراه ولو أكره على الاقرار بالحدود والقصاص لما قلنا بل أولى لان الحدود والقصاص تسقط بالشبهات فاما المال فلا يسقط بالشبهة فلما لم يصح هناك فلأن لا يصح ههنا أولى ولو أكره على الاقرار بذلك ثم خلى سبيله قبل أن يقر به ثم أخذه فأقر به من غير تجديد الاكراه فهذا على وجهين اما ان توارى عن بصر المكره حين ما خلى سبيله واما ان لم يتوار عن بصره حتى بعث من أخذه ورده اليه فان كان قد توارى عن بصره ثم أخذه فاقر اقرارا مستقبلا جاز اقراره لانه لما خلى سبيله حتى توارى عن بصره فقد زال الاكراه عنه فاذا أقر به من غير اكراه جديد فقد أقر طائعا فصح وان لم يتوار عن بصره بعد حتى رده اليه فاقر به من غير تجديد الاكراه لم يصح اقراره لانه اذا لم يتوار عن بصره فهو على الاكراه الاول ولو اكره على الاقرار بالقصاص فاقر به فقتله حين ما أقر به من غير بينة فان كان المقر معروفا بالدعارة يدرأ عنه القصاص استحسانا وان لم يكن معروفا بها يجب القصاص والقياس ان لا يجب القصاص كيف ما كان وجه القياس ان الاقرار عن الاكراه لما لم يصح شرعا صار وجوده وعدمه بمنزلة واحدة فصار كما لو قتله ابتداء وجه الاستحسان ان الاقرار ان كان لا يصح مع الاكراه لكن لهذا الاقرار شبهة الصحة اذا كان المقر معروفا بالدعارة لوجود دليل الصدق في الجملة وذا يورث شبهة في وجوب القصاص فيدرأ للشبهة واذا لم يكن معروفا بالدعارة فاقراره لا يورث شبهة في الوجوب فيجب ومثال هذا اذا دخل رجل على رجل في منزله فخاف صاحب المنزل انه ذاعر دخل عليه ليقتله ويأخذ ماله فبادره وقتله فان كان الداخل معروفا بالدعارة لا يجب القصاص على صاحب المنزل وان لم يكن معروفا بالدعارة يجب القصاص عليه كذا هذا واذا لم يجب القصاص يجب الارش لان سقوط القصاص للشبهة وانها لا تمنع وجوب المال وروى الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنهما انه لا يجب الارش أيضا اذا كان معروفا بالدعارة

﴿فصل﴾ وأما بيان حكم ما عدل المكره الى غير ما وقع عليه الاكراه أو زاد على ما وقع عليه الاكراه أو نقص عنه فنقول وبالله التوفيق العدول عما وقع عليه الاكراه الى غيره لا يخلو من وجهين اما ان يكون بالعقد في الاعتقادات أو بالفعل في المعاملات أما حكم العدول عما وقع عليه الاكراه بالعقد في الاعتقادات فقد ذكرناها فيما تقدم (وأما) العدول الى غير ما وقع عليه الاكراه بالفعل في المعاملات فنقول اذا عدل المكره الى غير ما وقع عليه الاكراه بالفعل جاز ما فعل لانه طائع فيما عدل اليه حتى لو أكره على بيع جاريته فوهبها جاز لانه عدل عما أكره عليه لتغاير البيع والهبة وكذلك لو طولب بمال وذلك المال أصله باطل وأكره على ادائه ولم يذكر له بيع الجارية فباع جاريته جاز البيع لانه في بيع الجارية طائع ولو أكره على الاقرار بألف درهم فاقر بمائة دينار أو صنف آخر غير ما أكره عليه جاز لانه طائع فيما أقر به وهذا بخلاف ما اذا أكره على أن يبيع عبده من فلان بالف درهم فباعه منه بمائة دينار ان البيع فاسد استحسانا جائز قياسا فقد اعتبر الدراهم والدنانير جنسين مختلفين في الاقرار قياسا واستحسانا واعتبرهما جنسا واحدا في الانشاء استحسانا لانهما جنسان مختلفان حقيقة الا انهما جعلا جنسا في موضع الانشاء بل مخالفة الحقيقة لمعنى هو منعدم في الاقرار وهو ان الفائت بالاكراه هو الرضا طبعا والاكراه على البيع بالف درهم كما يعدم الرضا بالبيع بالف درهم يعدم الرضا بالبيع بمائة دينار قيمته الف لاتحاد المقصود منهما وهو الثمنية فكان انعدام الرضا بالبيع باحدهما دليلا على انعدام الرضا بالبيع بالآخر فكان الاكراه على البيع باحدهما اكراها على البيع بالآخر بخلاف ما اذا أكره على البيع بالف فباعه بمكيل أو موزون آخر سوى الدراهم والدنانير لان هناك المقصود مختلف فلم يكن كراهة البيع باحدهما كراهة البيع بالآخر وهذا المعنى لا يوجد في الاقرار لان بطلان اقرار المكره لانعدام رجحان جانب الصدق على جانب الكذب في اختياره بدلالة الاكراه فيختص بمورد الاكراه وهو الدراهم فكان

صادقا فى الاقرار بالدنانير لانعدام المانع من الرجحان فيه فهو الفرق (وأما) اذا زاد على ما وقع عليه الاكراه بان أكره على الاقرار بألف درهم فأقر بألفين جاز اقراره بألف وبطل بألف لانه فى الاقرار بالالف الزائد طائع فصح ولو أكره على الاقرار لفلان فأقر له ولغيره فان صدقه الغير فى الشركة لم يجز أصلا بالاجماع وان كذبه فكذلك عند أبى حنيفة وأبى يوسف وعند محمد يجوز فى نصيب الغير خاصة وجه قول محمد أن المانع من الصحة عند التصديق هو الشركة فى مال لم يصح الاقرار بنصفه شائعا فاذا كذبه لم يثبت الشركة فيصح اقراره للغير اذ هو فيما أقر له به طائع وجه قولهما أن الاقرار اخبار وصحة الاخبار عن الماضى بوجود المخبر به سابقا على الاخبار والمخبر به ألف مشتركة فلو صح اقراره لغير المقر له بالاكراه لم يكن المخبر به على وصف الشركة فلم يصح اخباره عن المشترك فلم يصح اقراره وهذه فريعة اختلافهم فى المريض مرض الموت اذا أقر لوارثه ولاجنبى بالدين انه لا يصح اقراره أصلا بالاجماع ان صدقه الاجنبى بالشركة وان كذبه فعلى الاختلاف الذى ذكرنا ولو أكره على هبة عبده لعبد الله فوهبه لعبد الله وزيد فسدت الهبة فى حصة عبد الله وصحت فى حصة زيد لانه مكره فى حصة عبد الله لورود الاكراه على كل العبد والاكراه على كل الشئ اكراه على بعضه فلم تصح الهبة فى حصته طائع فى حصة زيد وأنه هبة المشاع فيما لا يحتمل القسمة فصحت فى حصته ولو كان مكان العبد الف فالهبة فى الكل فاسدة بالاجماع بين أصحابنا أما على أصل أبى حنيفة رضى الله عنه فظاهر لان هبة الطائع من اثنين لا تصح عنده فهبة المكره أولى (وأما) على أصلهما فلانه لما وهب الالف منهما والهبة من أحدهما لا تصح بحكم الاكراه كان واهبا نصف الالف من الآخر وهذه هبة المشاع فيما يحتمل القسمة وانه لا يصح بلا خلاف بين أصحابنا بخلاف حالة الطواعية والله تعالى أعلم هذا اذا زاد على ما وقع عليه الاكراه فأما اذا نقص عنه بأن أكره على الاقرار بألف درهم فأقر بخمسمائة فاقراره باطل لان الاكراه على ألف اكراه على خمسمائة لانها بعض الالف والاكراه على كل شئ اكراه على بعضه فكان مكرها بالاقرار بخمسمائة فلم يصح ولو أكره على بيع جاريته بألف درهم فباعها بالفين جاز البيع بالاجماع ولو باعها بأقل من ألف فالبيع فاسد استحسانا جائز قياسا وجه القياس أن المكره عليه هو البيع بالف فاذا باع بأقل منه فقد عقد عقدا آخر اذ البيع بالف غير البيع بخمسمائة فكان طائعا فيه فجاز وجه الاستحسان ان غرض المكره هو الاضرار بالبائع بازالة ملكه وان قل الثمن فكان الاكراه على البيع بالف اكراها على البيع بأقل منه فبطل بخلاف ما اذا باعه بالفين لان حال المكره دليل على أنه لا يأمره بالبيع بأوفر الثمنين فكان طائعا فى البيع بالفين فجاز والله سبحانه وتعالى أعلم

كتاب المأذون

الكلام فى هذا الكتاب يقع فى مواضع فى بيان ركن الاذن بالتجارة وفى بيان شرائط الركن وفى بيان ما يظهر به الاذن بالتجارة وفى بيان ما يملك المأذون من التصرف وما لا يملك وفى بيان ما يملك المولى من التصرف فى المأذون وكسبه وما لا يملك حكم تصرفه وفى بيان حكم الغرور فى العبد المأذون وفى بيان حكم الدين الذى يلحق المأذون وفى بيان ما يبطل به الاذن ويصير محجوراً وفى بيان حكم تصرف المحجور (أما) الاول فنقول وبالله التوفيق ركن الاذن بالتجارة نوعان صريح ودلالة والصريح نوعان خاص وعام وكل واحد منهما أنواع ثلاثة منجز ومعلق بشرط ومضاف الى وقت (أما) الخاص المنجز فهو أن يأذن له فى شئ بعينه مما لا يؤذن فى مثله للتجارة عادة بان يقول له اشترلى بدرهم لحما أو اشترلى طعاما رزقا لى أو لاهلى أو لك أو اشترلى ثوبا أو لاهلى أو لاهلك أو اشتر ثوبا فاقطعه قميصا ونحو ذلك مما لا يقصد به التجارة عادة ويصير مأذونا فيما تناوله الاذن خاصة استحسانا والقياس أن يصير مأذونا بالتجارات كلها لان الاذن بالتجارة مما لا يتجزى فكان الاذن فى تجارة اذنا فى الكل وجه الاستحسان ان الاذن على هذا الوجه لا يوجد الا على وجه الاستخدام عرفا وعادة فيحمل على المتعارف وهو الاستخدام دون الاذن بالتجارة مع ما انه لو جعل الاذن بمثله اذنا

بالتجارات كلها لصار المأذون بشراء البقل مأذونا فى التجارة وفيه سد باب استخدام المماليك و بالناس حاجة اليه فاقتصر على مورد الضرورة (وأما) العام المنجز فهو أن يقول أذنت لك فى التجارات أو فى التجارة و يصير مأذونا فى الانواع كلها بالاجماع (وأما) اذا أذن له فى نوع بان قال اتجر فى البر أو فى الطعام أو فى الدقيق يصير مأذونا فى التجارات كلها عندنا وعند زفر والشافعى رحمهما الله لا يصير مأذونا الا فى النوع الذى تناوله ظاهر الاذن وكذلك اذا قال له اتجر فى البر ولا تتجر فى الخز لا يصح نهيه وتصرفه و يصير مأذونا فى التجارات كلها وعلى هذا اذا أذن له فى ضرب من الصنائع بان قال له اقعد قصارا أو صباغا يصير مأذونا فى التجارات والصنائع كلها حتى كان له أن يقعد صيرفيا وصائغا وكذلك اذا أذن له أن يتجر شهرا أو سنة يصير مأذونا أبدا ما لم يحجر عليه وجه قولهما ان العبد متصرف عن اذن فلا يتعدى تصرفه مورد الاذن كالوكيل والمضارب ولهذا يثبت حكم تصرفه لمولاه (ولنا) أن تقييد الاذن بالنوع غير مفيد فيلغو استدلالا بالمكاتب وهذا لان فائدة الاذن بالتجارة تمكين العبد من تحصيل النفع المطلوب من التجارة وهو الربح وهذا فى النوعين على نمط واحد وكذا الضرر الذى يلزمه فى العقد عسى لا يتفاوت فكان الرضا بالضرر فى أحد النوعين رضا به فى النوع الآخر فلم يكن التقييد بالنوع مفيدا فيلغو و يبقى الاذن بالتجارة عاما فيتناول الانواع كلها مع ما أنه وجد الاذن فى النوع الآخر دلالة لان الغرض من الاذن هو حصول الربح والنوعان فى احتمال الربح على السواء فكان الاذن باحدهما اذنا بالآخر دلالة ولهذا يملك قبول الهبة والصدقة من غير اذن المولى صريحا لوجوده دلالة كذا ههنا (وأما) الخاص المعلق بشرط فهو ان يقول ان قدم فلان فاشتر لى بدرهم لحما ونحو ذلك والمضاف الى وقت أن يقول اشتر لى بدرهم لحما غدا أو رأس شهر كذا (وأما) العام المعلق بشرط فهو أن يقول ان قدم فلان فقد أذنت لك بالتجارة والمضاف الى وقت أن يقول أذنت لك بالتجارة غدا أو رأس شهر كذا وكل واحد من النوعين يصح معلقا ومضافا كما يصح مطلقا بخلاف الحجر انه لا يصح تعليقه بشرط ولا اضافة الى وقت بان يقول للمأذون ان قدم فلان فانت محجور أو فقد حجرت عليك غدا أو رأس شهر كذا ووجه الفرق أن الاذن تصرف اسقاط لان انحجار العبد ثبت حقا لمولاه و بالاذن أسقطه والاسقاطات تحتمل التعليق والاضافة كالطلاق والعتاق ونحوهما فاما الحجر فاثبات الحق واعادته والاثبات لا يحتمل التعليق والاضافة كالرجعة ونحوها ولهذا قال أصحابنا ان الاذن لا يحتمل التوقيت حتى لو أذن لعبده بالتجارة شهرا أو سنة يصير مأذونا أبدا ما لم يوجد المبطل للاذن كالحجر وغيره الا أن يؤقت الاذن الى وقت اضافة الحجر اليه لان معناه اذا مضى شهر أو سنة فقد حجرت عليك أو حجرت عليك رأس شهر كذا والحجر لا يحتمل الاضافة الى الوقت فلغت الاضافة و بقى الاذن بالتجارة مطلقا الى أن يوجد المبطل (وأما) الاذن بطريق الدلالة فنحو أن يرى عبده يبيع و يشترى فلا ينهاه و يصير مأذونا فى التجارة عندنا الا فى البيع الذى صادفه السكوت وأما فى الشراء فيصير مأذونا وعند زفر والشافعى رحمهما الله لا يصير مأذونا وجه قولهما أن السكوت يحتمل الرضا و يحتمل السخط فلا يصلح دليل الاذن مع الاحتمال ولهذا لم ينفذ تصرفه الذى صادفه السكوت (ولنا) أنه يرجح جانب الرضا على جانب السخط لانه لو لم يكن راضيا لنهاه اذ النهى عن المنكر واجب فكان احتمال السخط احتمالا مرجوحا فكان ساقط الاعتبار شرعا (وأما) التصرف الذى صادفه السكوت فان كان شراء ينفذ وان كان بيعا قائما لم ينفذ لانعدام المقصود من الاذن بالتجارة على ما نذكره ان شاء الله تعالى وسواء رآه يبيع بيعا صحيحا أو بيعا فاسدا اذا سكت ولم ينهه يصير مأذونا لان وجه دلالة السكوت على الاذن لا يختلف وكذلك لو رآه المولى يبيع مال أجنبى فسكت يصير مأذونا وان لم يجز البيع لما قلنا وكذلك لو باع مال مولاه والمولى حاضر فسكت لم يجز ذلك البيع و يصير مأذونا فى التجارة لان غرض المولى من الاذن بالتجارة حصول المنفعة دون المضرة وذلك باكتساب ما لم يكن لا بازالة الملك عن مال كائن ولا ينجبر هذا الضرر بالثمن لان الناس رغائب فى الاعيان ما ليس فى ابدالها حتى لو كان شراء ينفذ لانه نفع محض ثم لا حكم للسكوت الا فى مواضع

منها

منها سكوت المولى عند تصرف العبد بالبيع والشراء وقد ذكرناه (ومنها) سكوت البالغة البكر عند استئمار الولى أنه يكون اذنا وقت العقد وبعده يكون اجازة (ومنها) سكوت الشفيع اذا علم بالشراء انه يكون تسليما للشفعة (ومنها) سكوت الواهب أو المتصدق عند قبض الموهوب له والمتصدق عليه بحضرته أن يكون اذنا بالقبض (ومنها) سكوت المجهول النسب اذا باعه انسان بحضرته وقال له قم فاذهب مع مولاك فقام وسكت انه يكون اقرارا منه بالرق حتى لا تسمع دعواه الحرية بعد ذلك (وأما) سكوت البائع بيعا صحيحا بثمن حال عند قبض المشترى بحضرته هل يكون اذنا بالقبض ذكر فيها ظاهر الرواية انه لا يكون اذنا بالقبض وذكر الطحاوى رحمه الله انه يكون اذنا كما فى البيع الفاسد ودلائل هذه المسائل نذكرها فى موضعها ان شاء الله تعالى وعلى هذا اذا قال لعبده أد الى كل يوم كذا أو كل شهر كذا يصير ماذونا لانه لا يتمكن من اداء الغلة الا بالكسب فكان الاذن باداء الغلة اذنا بالتجارة وكذلك لو قال لعبده أد الى الفا وانت حر او قال ان أديت الى ألفا فانت حر يصير ماذونا لان غرضه حمل العبد على العتق بواسطة تحصيل الشرط ولا يتمكن من تحصيله الا بالتصرف فكان التعليق دليلا على الاذن وكذلك اذا قال له ادالى الفا وانت حر فهذا والاول سواء لانه يستعمل فى التعليق عرفا وعادة ولو قال له ادوانت حر لا يصير ماذونا و يعتق للحال لان هذا تنجيز وليس بتعليق وعلى هذا اذا كاتب عبده يصير ماذونا لانه لما كاتبه فقد جعله احق بكسبه ولا يكون ذلك الا بالتجارة والله تعالى اعلم (فصل) وأما شرائط الركن فانواع منها ان يكون الاذن لمن يعقل التجارة لان الاذن بالتجارة لمن لا يعقل سفه فاما البلوغ فليس بشرط لصحة الاذن فيصح الاذن للعبد بالغا كان أو صبيا بعد ان كان يعقل البيع والشراء لما روى ان النبى عليه الصلاة والسلام كان يجيب دعوة المملوك من غير فصل فدل الحديث على جواز الاذن بالتجارة لانه عليه الصلاة والسلام ما كان ليجيب دعوة المحجور و يأكل من كسبه فتعين الماذون وكذا الاذن للامة والمدبرة وأم الولد بعد ان عقلوا التجارة لان اسم المملوك يتناول الكل وكذا يجوز الاذن للصبى الحر بالتجارة اذا كان يعقل التجارة وهذا عندنا وقال الشافعى رحمه الله لا يجوز الاذن للصبى بالتجارة بحال حرا كان أو عبدا وكذا سلامة العقل عن الفساد اصلا ليس بشرط لصحة الاذن عندنا حتى يجوز الاذن للمعتوه الذى يعقل البيع والشراء بالتجارة وعنده شرط (وجه) قوله ان الصبى ليس من أهل التجارة فلا يصح الاذن بالتجارة وهذا لان أهلية التجارة بالعقل الكامل لانها تصرف دائرة بين الضرر والنفع فلا بد لها من كمال العقل وعقل الصبى ناقص فلا يكفى لاهلية التجارة ولهذا لم يعتبر عقله فى الهبة والصدقة والطلاق والعتاق كذا ههنا (ولنا) قوله تبارك وتعالى وابتلوا اليتامى امر سبحانه وتعالى الاولياء بابتلاء اليتامى والابتلاء هو الاظهار فابتلاء اليتيم اظهار عقله بدفع شىء من امواله اليه لينظر الولى انه هل يقدر على حفظ أمواله عند النوائب ولا يظهر ذلك الا بالتجارة فكان الامر بالابتلاء اذنا بالتجارة ولان الصبى اذا كان يعقل التجارة يعقل النافع من الضار فيختار المنفعة على المضرة ظاهرا فكان اهلا للتجارة كالبالغ بخلاف الهبة والصدقة والطلاق ونحوها لانها من التصرفات الضارة المحضة لكونها ازالة ملك لا الى عوض فلم يجعل الصبى أهلا لها نظرا دفعا للضرر عنه ومنها العلم بالاذن بالتجارة فى احد نوعى الاذن بلا خلاف و بيان ذلك ان الاذن بالاضافة الى الناس ضربان اذن اسرار واذن اعلان وهو المسمى بالخاص والعام فى الكتاب فالخاص ان يقول اذنت لعبدى فى التجارة لا على وجه ينادى أهل السوق فيقول بايعوا عبدى فلانا فانى قد اذنت له فى التجارة ولا خلاف فى ان العلم بالاذن شرط لصحة الاذن فى هذا النوع لان الاذن هو الاعلام قال الله تعالى واذان من الله و رسوله أى اعلام والفعل لا يعرف اعلاما الا بعد تعلقه بالعلم ولان اذن العبد يعتبر باذن الشرع ثم حكم الاذن من الشرع لا يثبت فى حق الماذون الا بعد علمه به فعلى ذلك اذن العبد ولهذا كان العلم بالوكالة شرطا لصحتها على ما ذكرنا فى كتاب الوكالة كذا هذا حتى لم يصح تصرف الوكيل قبل العلم بالوكالة واما فى الاذن العام فقد ذكرنا فى كتاب الماذون انه يصير ماذونا وان لم يعلم به العبد وذكر فى الزيادات فيمن قال لاهل السوق بايعوا ابنى فلانا فبايعوه والصبى لا يعلم

بالاذن انه لا يصير ماذونا مالم يعلم باذن الاب منهم من اثبت اختلاف الروايتين فى جواز الاذن القائم من غير علم العبد ومنهم من لم يثبت الاختلاف وفرق بين العبد والصبى فجعل العلم شرطا فى الصبى دون العبد (ووجه) الفرق ان انحجار العبد لحق مولاه فاذا اذن انفك بما يعته فقد اسقط حق نفسه فانفك الحجر فصار ماذونا بخلاف الصبى لان انحجاره عن التصرف لحق نفسه لا لحق ابيه ألا ترى ان العهدة تلزمه دون أبيه فشرط علمه بالاذن الذى هو ازالة الحجر ليكون لزوم العهدة فى التجارة مضافا اليه ويحتمل ان يفرق بينهما من وجه آخر وهو ان الاذن على سبيل الاستفادة سبب لحصول العلم لهما جميعا الا ان السبب لا يقام مقام المسبب الا لضرورة والضرورة فى حق العبد دون الصبى لان الناس يحتاجون الى مبايعة العبد المأذون لان الاذن للعبد بالتجارة من عادات التجار واذا وجد الاذن على الاستفاضة وانه سبب لحصول العلم غالبا فالناس يعاملونه بناء على هذه الدلالة ثم يظهر انه ليس بماذون لانعدام العلم حقيقة فتتعلق ديونهم بذمة المفلس وتتاخر الى ما بعد العتق فيؤدى الى الضرر بهم بخلاف الصبيان لان اذن الصبى بالتجارة ليس من عادة التجار والناس أيضا لا يعاملون الصبيان عادة ولو توقف الاذن على حقيقة العلم لا يلحقهم الضرر الا على سبيل الندرة والنادر ملحق بالعدم والله سبحانه وتعالى أعلم

(فصل) وأما بيان ما يظهر به الاذن بالتجارة فنقول ما يظهر به الاذن بالتجارة نوعان أحدهما من جهة المولى والثانى من جهة العبد أما الذى من جهة المولى فهو تشهيره الاذن واشاعته بان ينادى أهل السوق انى قد أذنت لعبدى فلان بالتجارة فبايعوه وهو المسمى بالاذن العام وأما الذى من جهة العبد فهو اخباره عن كونه ماذونا بالتجارة بان لم يكن الاذن من المولى عاما أو قدم مصر الم يشتهر فيه اذن المولى فقال ان مولاى أذن لى فى التجارة والاذن بالتجارة يظهر بكل واحد من النوعين أما الاول فلا شك فيه لحصول العلم للسامعين بحس السمع من الاذن ولغير السامعين بالنقل بطريق التواتر وأما الثانى فلان خبر الواحد مقبول فى المعاملات ولا يشترط فيه العدد ولا العدالة ألا ترى انه لو جاء عبد أو أمة الى انسان فقال هذه هدية بعثنى بها مولاى اليك جازله القبول كذا هذا وهذا لان هذه المعاملات فى العادات يتعاطاها العبيد والخدم والفسق فيهم غالب فلو لم يقبل خبرهم فيها لوقع الناس فى الحرج واذا قبل خبره ظهر الاذن فيسع الناس ان يعاملوه غير انهم ان بنوا معاملاتهم على الاذن العام فعاملوه فلحقه دين يباع فيه كسبه ورقبته بدين التجارة وان عاملوه بناء على اخباره فلحقه دين يباع كسبه بالدين ولا تباع رقبته مالم يحضر المولى فيقر باذنه والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

(فصل) واما بيان ما يملكه المأذون من التصرف ومالا يملكه فنقول وبالله تعالى التوفيق كل ما كان من باب التجارة أو توابعها أو ضروراتها يملكه المأذون ومالا فلا لان كل ذلك داخل فى الاذن بالتجارة فيملك الشراء والبيع بالنقد والنسيئة والعروض لان كل ذلك من التجارة ومن عادة التجارة وكذلك يملك البيع والشراء بغبن يسير بالاجماع لانه من التجارة ولا يمكن التحرز عنه حتى ملكه الاب والوصى وكذا بالغبن الفاحش عند أبى حنيفة رضى الله عنه وعندهما لا يملك (وجه) قولهما أن البيع بغبن فاحش فى معنى التبرع ألا يرى أنه لو فعله المريض يعتبر من الثلث كما فى سائر التبرعات والماذون لا يملك التبرع (وجه) قول أبى حنيفة رحمه الله ان هذا بيع وشراء على الاطلاق لوقوع اسم الشراء والبيع عليه مطلقا فكان تجارة مطلقة فدخلت تحت الاذن بالتجارة ثم فرق أبو حنيفة رحمه الله بين الماذون وبين الوكيل حيث سوى بين البيع والشراء فى الماذون وفرق بينهما فى الوكيل حيث قال ان الماذون يملك البيع والشراء بالغبن الفاحش والوكيل لا يملك الشراء بالغبن الفاحش بالاجماع (ووجه) الفرق له أن امتناع جواز الشراء بالغبن الفاحش فى باب الوكالة لمكان التهمة لجواز انه اشترى لنفسه فلما ظهر الغبن أظهر الشراء لموكله فلم يجز للتهمة حتى ان الوكيل لو كان وكل بشراء شئ بعينه ينفذ على الموكل لانعدام التهمة لانه لا يملك الشراء لنفسه ومعنى التهمة لا يتقدر فى الماذون لانه لا يملك الشراء لنفسه فاستوى فيه البيع والشراء وهل يملك الماذون ان

يبيع شيأ من مولاه فان لم يكن عليه دين لا يتصور البيع من المولى لاستحالة بيع مال الانسان منه وان كان عليه دين فان باعه بمثل قيمته أو أكثر جاز وان باعه باقل من قيمته لم يجز عند أبي حنيفة أصلا وعندهما لا يجوز بقدر المحاباه وكذلك لو باع المولى شيأ منه فان لم يكن عليه دين لم يكن بيعا لما قلنا وان كان عليه فان باعه بمثل قيمته أو باقل من قيمته جاز وان باعه باكثر من قيمته لم يجز عند ابى حنيفة وعندهما يجوز وتبطل الزيادة وعلى هذا اذا اشترى المولى دارا بجنب دار العبد ان لم يكن على العبد دين فالشفعة له لانه اذا لم يكن عليه دين فالدار التى فى يد العبد خالص ملك المولى فلو اخذها بالشفعة لاخذها هو فكيف يأخذ ملك نفسه بالشفعة من نفسه وان كان على العبد دين فله ان يأخذها بالشفعة ولو اشترى العبد دارا بجنب دار المولى فان لم يكن على العبد دين فلا حاجة للمولى الى الاخذ بالشفعة لانها خالص ملكه وان كان عليه دين فله ان يأخذها بالشفعة وكذلك الصبي المأذون فى الشراء والبيع بالنقد والنسيئة والعروض والغبن اليسير والبيع بالغبن الفاحش بمنزلة العبد المأذون على الاتفاق والاختلاف وهذا اذا باع من أجنبي أو اشترى منه فان باع من ابيه شيئا أو اشترى منه فان باع بمثل القيمة أو أكثر واشترى بمثل القيمة أو أقل جاز ولو كان فيه غبن وان كان مما يتغابن الناس فيه جاز لان الاحتراز عنه غير ممكن وان كان مما لا يتغابن الناس فيه لم يجز لانه يتصرف بولاية مستفادة من قبل ابيه كانه نائبه فى التصرف فصار كما لو اشترى الاب شيأ من مال ابنه بنفسه لنفسه أو اشترى شيئا من ماله بنفسه لابنه الصغير كان الجواب فيه هكذا كذا هذا ولو باع من وصيه أو اشترى منه فان لم يكن فيهما نفع ظاهر له لا يجوز بالاجماع وان كان فيهما نفع ظاهر فان كان باكثر من قيمته بما لا يتغابن الناس فى مثله فكذلك عند محمد رحمه الله وعندهما يجوز وللمأذون ان يسلم فيما يجوز فيه السلم ويقبل السلم فيه لان السلم من قبل المسلم اليه بيع الدين بالعين ومن قبل رب السلم شراء الدين بالعين وكل ذلك تجارة وله ان يوكل غيره بالبيع والشراء لان ذلك من عادات التجار أو التاجر لا يمكنه ان يتولى ذلك كله بنفسه فكان توكيله فيه من أعمال التجارة وكذا له ان يتوكل عن غيره بالبيع بالاجماع وتكون العهدة عليه ولو توكل عن غيره بالشراء ينظر ان وكله ان يشترى اشياء بالنقد جاز استحسانا دفع اليه الثمن أو لم يدفع وتكون العهدة عليه والقياس ان لا تجوز هذه الوكالة (ووجهه) انها لو جازت للزمه العهدة وهى تسليم الثمن فيصير فى معنى الكفيل بالثمن ولا تجوز كفالته فلا تجوز وكالته (وجه) الاستحسان ان التوكيل بالشراء بالنقد فى معنى التوكيل بالبيع الا ترى انه لا يجب عليه تسليم المبيع فكان هذا فى معنى البيع لا فى معنى الكفالة ولو توكل عن غيره بشراء شىء نسيئة فاشترى لم يجز حتى كان الشراء للعبد دون الاخر لان الثمن اذا كان نسيئة لا يملك حبس المشترى لاستيفائه بل يلزمه التسليم الى الموكل فكانت وكالته فى هذه الصورة التزام الثمن فكانت كفالة معنى فلا يملكها المأذون وله ان يستأجر انسانا يعمل معه أو مكانا يحفظ فيه أمواله أو دوابا يحمل عليها أمتعته لان استئجار هذه الاشياء من توابع التجارة وكذا له ان يؤاجر الدواب والرقيق ونفسه لما قلنا ولان الاجارة من التجارة حتى كان الاذن بالاجارة اذنا بالتجارة وله أن يرهن ويرتهن ويعير ويودع ويقبل الوديعة لان ذلك كله من عادات التجار ويحتاج اليه التاجر أيضا وله ان يدفع المال مضاربة ويأخذ من غيره مضاربة لما قلنا ولان الاخذ والدفع من باب الاجارة والاستئجار والمأذون يملك ذلك كله وله ان يشارك غيره شركة عنان لانها من صنيع التجار ويحتاج اليه التاجر وليس له ان يشارك شركة مفاوضة لان المفاوضة تتضمن الكفالة له ولا يملك الكفالة فلا يملك المفاوضة فاذا فاوض تنقلب شركة عنان لان هذا حكم فساد المفاوضة ولو اشترك عبدان مأذونان شركة عنان على ان يشتريا بالنقد والنسيئة جاز ما اشتريا بالنقد وما اشتريا بالنسيئة فهو له خاصة لان الشركة تتضمن الوكالة وقد ذكرنا انه يجوز ان يتوكل المأذون من غيره بالشراء نقدا ولا يجوز ان يتوكل لغيره بالشراء نسيئة ويملك الاقرار بالدين لان هذا من ضرورات التجارة اذ لو لم يملك لامتنع الناس عن مبايعته خوفا من تواء أموالهم بالانكار عند تعذر اقامة البينة فكان اقراره بالدين من ضرورات التجارة فيصح ويملك الاقرار بالعين لان العادة قد جرت بشراء

كثير من الاشياء بظر وفها فلو علم الناس انه لا يصح اقراره بالعين لامتنعوا عن تسليم الاعيان اليه فلا يلتئم امر التجارة ولا يملك الاقرار بالجناية لان الاقرار بالجناية ليس من ضرورات التجارة فلا يتناوله الاذن بالتجارة فلا يصح منه ولا يطالب بها بعد العتاق أيضاً لان موجب الجناية يلزم المولى دون العبد فكان ذلك شهادة على المولى لا اقرار على نفسه فلم يصح اصلا الا اذا صدقه المولى فيجوز عليه ولا يجوز على الغرماء وهل يصح اقراره بافتضاض أمة باصبعه غصبا قال ابو حنيفة ومحمد رضى الله عنهما لا يصح وقال ابو يوسف رحمه الله يصح سواء كان عليه دين أو لا ويضرب مولى الامة مع الغرماء فى ثمن العبد وهذا الخلاف مبنى على ان هذا الاقرار بالجناية أم بالمال فعندهما هذا اقرار بالجناية فلا يصح من غير تصديق المولى وعنده هذا اقرار بالمال فيصح من غير تصديقه وعلى هذا اذا اقر بمهر وجب عليه بنكاح جائز أو فاسد أو شبهة فان لم يصدقه المولى لم يصح اقراره حتى لا يؤاخذ به للحال لان المهر يجب بالنكاح وانه ليس بتجارة ولا هو فى معنى التجارة فيستوى فيه اقرار المأذون والمحجور وان صدقه المولى جاز ذلك عليه ولم يجز على الغرماء لان تصديقه يعتبر فى حق نفسه لا فى ابطال حق الغير فيباع فى دين الغرماء فان فضل شىء منه يصرف الى دين المرأة والا فيتأخر ما بعد العتق ويملك الاقرار بالحدود والقصاص لان المحجور يملك فالمأذون أولى واذا اقر به فلا يشترط حضرة المولى للاستيفاء بلا خلاف وهل يشترط حضور المولى عند قيام البينة عليها فيه خلاف نذكره فى موضعه وهل يملك تاخير دين له وجب على انسان فان وجب له وحده يملك بالاجماع لان التاخير يحتاج اليه وكذا هو من عادة التجارة وان وجب له ولرجل آخر دين على انسان فاخر المأذون نصيب نفسه فالتاخير باطل عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما جائز (وجه) قولهما ان التاخير منه تصرف فى ملك نفسه فيصح كما لو كان كل الدين له فاخره (وجه) قول ابى حنيفة رحمه الله ان التاخير لو صح لا يخلو اما ان يصح فى نصيب شريكه واما ان يصح فى نصيب نفسه لا سبيل الى الاول لانعدام الملك والولاية وتصرف الانسان لا يصح فى غير ملك ولا ولاية ولا سبيل الى الثانى لانه قسمة الدين قبل القبض ألا ترى ان شريكه لو قبض شيئا من نصيبه قبل حلول الاجل يختص بالمقبوض ولا يشاركه فيه ومعنى القسمة هو الاختصاص بالمقسوم وقد وجد فثبت ان هذا قسمة الدين قبل القبض وانها غير جائزة لان الدين اسم لفعل واجب وهو فعل تسليم المال والمال حكمى فى الذمة وكل ذلك عدم حقيقة الا انه أعطى له حكم الوجود لحاجة الناس لان كل احد لا يملك ما يدفع به حاجته من الاعيان القائمة فيحتاج الى الاستقراض والشراء بثمن دين فاعطى له حكم الوجود لهذه الحاجة ولا حاجة الى قسمته فيبقى فى حق القسمة على اصل العدم والعدم لا يحتمل القسمة واذا لم يصح التاخير عند ابى حنيفة رحمه الله فلو أخذ شريكه من الدين كان المأخوذ بينهما على الشركة كما قبل التاخير وعندهما كان المأخوذ له خاصة ولا يشاركه حتى يحل الاجل لانه بالتاخير اسقط حق نفسه والمطالبة فاذا حل الاجل فهو بالخيار ان شاء شاركه فى المقبوض وان شاء أخذ حقه من الغريم لان الدين حل بحلول الاجل ولو كان الدين فى الاصل منهما جميعا مؤجلا فاخذ احدهما شيئا قبل حل الاجل شاركه فيه صاحبه لانه لما اخذ شيئا قبل حل الاجل فقد سقط الاجل عن قدر المقبوض وصار حالا فصار المقبوض من النصيبين جميعا فيشاركه فيه صاحبه كما فى الدين الحال ولو كان الدين كله بينهما مؤجلا الى سنة فاخره العبد سنة أخرى لم يجز التاخير عند أبى حنيفة وعندهما يجوز حتى لو اخذ شريكه من الغريم شيئا فى السنة الاولى شاركه فيه عنده وعندهما لا يشاركه حتى يحل دينه فاذا حل فله الخيار على ما ذكرنا والله سبحانه وتعالى أعلم ولا يملك الابراء عن الدين بالاجماع لانه ليس من التجارة بل هو تبرع فلا يملكه المأذون وهل يملك الحط فان كان الحط من غير عيب لا يملكه أيضا لما قلنا وان كان الحط من عيب بان باع شيئا ثم حط من ثمنه ينظر ان حط بالمعروف بان حط مثل ما يحطه التجار عا جاز لان مثل هذا الحط من توابع التجارة وان لم يكن بالمعروف بان كان فاحشا جاز عند أبى حنيفة وعندهما لا يجوز وقد ذكرنا اصل المسئلة فيما قبل وهل يملك الصلح بان وجب له على انسان دين فصالحه على بعض

حقه فان كان له عليه بينة لا يملكه لانه حط بعض الدين والحط من غير عيب ليس من التجارة بل هو تبرع فلا
يملكه المأذون وان لم يكن له عليه بينة جاز لانه اذا لم يكن له عليه بينة فلا حق له الا الخصومة والحلف والمال خير من
ذلك فكان فى هذا الصلح منفعة فيصح وكذا الصلح على بعض الحق عند تعذر استيفاء كله من عادات التجار فكان
داخلا تحت الاذن بالتجارة ويملك الاذن بالتجارة بان يشترى عبداً فيأذن له بالتجارة لان الاذن بالتجارة من
عادات التجار بخلاف الكتابة أنه لا يملكها المأذون لان الكتابة ليست من التجارة بل هى اعتاق معلق بشرط اداء
بدل الكتابة فلا يملكها ويملك الاستقراض لانه تجارة حقيقة وفيه منفعة وهو من عادات التجار وليس للمأذون
ان يقرض لان القرض تبرع للحال ولهذا لم يلزم فيه الاجل ولا يكفل بمال ولا بنفس لان الكفالة تبرع الا اذا
أذن له المولى بالكفالة ولم يكن عليه دين بخلاف المكاتب انه لا تجوز كفالته أصلا على مامر فى كتاب الكفالة ولا
يهب درهماً تاما لا بغير عوض ولا بعوض وكذا لا يتصدق بدرهم ولا يكسو ثوبا لانه تبرع ويجوز تبرعه بالطعام
اليسير اذا وهب أو أطعم استحسانا والقياس أن لا يجوز لانه تبرع وان قل الا انا استحسنا الجواز لما روى أن رسول
الله صلى الله عليه وسلم كان يجيب دعوة المملوك ولان هذا من ضرورات التجارة عادة فكان الاذن فيه ثابتاً
بطريق الدلالة فيملكه ولهذا ملكت المرأة التصدق بشىء يسير كالرغيف ونحوه من مال زوجها لكونها مأذونة فى
ذلك دلالة كذا هذا ولا يتزوج من غير اذن مولاه لان التزوج ليس من باب التجارة وفيه ضرر بالمولى ولا يتسرى
جارية من اكسابه لانه لا ملك للعبد حقيقة وحل الوطء بدون أحد الملكين منفى شرعا وسواء اذن له المولى
بالتسرى أو لم يأذن له لما ذكرنا ان العبد لا يملك شيئا لانه مملوك فيستحيل أن يكون مالكا وبالاذن لا يخرج عن كونه
مملوكا فلا تندفع الاستحالة ولا يزوج عبده بالاجماع لان التزوج ليس من التجارة وفيه أيضا ضرر بالمولى وهل له
أن يزوج أمته قال أبو حنيفة ومحمد لا يزوج وقال ابو يوسف يزوج (وجه) قوله أن هذا تصرف نافع فى حق المولى
لانه مقابلة ما ليس بمال بمال فكان أنفع من البيع لانه يملك البيع فالنكاح أولى وجه قولهما أن الداخل تحت الاذن هو
التجارة وانكاح الامة وان كان نافعا فى حق المولى فليس بتجارة اذ التجارة مبادلة مال بمال ولم توجد فلا
يملكه ولا يعتق وان كان على مال لانه ليس بتجارة بل هو تبرع للحال ألا ترى انه يعتق بنفس القبول فاشبه
القرض ولا يملك القرض فلا يملك الاعتاق على مال وان أعتق على مال فان لم يكن عليه دين وقف على
اجازة المولى بالاجماع فان اجاز جاز لانه اذا لم يكن عليه دين يملك المولى نشاء العتق فيه فيملك الاجازة بالطريق
الاولى وولاية قبض العوض للمولى لا للعبد لما نذكر وان لحقه دين بعد ذلك لم يكن للغرماء حق فى هذا المال
لانه كسب الحر وان كان عليه دين لم يجز الاعتاق وأن أجاز المولى عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما يجوز
ويضمن المولى قيمة العبد للغرماء ولا سبيل للغرماء على العوض بخلاف ما اذا كان مكان الاعتاق كتابة ان
عندهما يتعلق حق الغرماء بالبدل وههنا لا يتعلق لان هذا كسب الحر وذاك كسب الرقيق وحق الغريم
يتعلق بكسب الرقيق ولا يتعلق بكسب الحر ولا يكاتب سواء كان عليه دين أو لم يكن لان الكتابة
ليست بتجارة فلا يملكها المأذون ولانها اعتاق معلق بالشرط وهو لا يملك الاعتاق فان كاتب فان لم يكن
عليه دين وقف على اجازة المولى لانه اذا لم يكن عليه دين فكسبه خالص ملك المولى لا حق لاحد فيه
ملك الاجازة ألا ترى انه يملك الانشاء فالاجازة أولى فان اجاز نفذ وصار مكاتبا للمولى وولاية قبض بدل
كتابة للمولى لا للعبد لان الاجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة فكان العبد بمنزلة وكيل المولى فى الكتابة
وحقوق الكتابة ترجع الى المولى لا الى الوكيل لذلك لم يملك المأذون قبض بدل الكتابة وملكه المولى
لحق العبد بعد ذلك دين فليس للغرماء فيما على المكاتب حق لانه لما صار مكاتب للمولى فقد صار
منتزعا من يد المأذون فلا يكون للغرماء عليه سبيل وان كان المكاتب قد أدى جميع بدل الكتابة
المأذون قبل اجازة المولى لم يعتق لان الكتابة لم تنفذ لانعدام شرط النفاذ وهو الاجازة وان كان
دين محيط برقبته وبما فى يده لا تصح اجازة المولى عند ابى حنيفة رحمه الله حتى لا يعتق اذا أدى البدل

لان كسب العبد المأذون الذى عليه دين محيط لا يكون ملكا للمولى عنده ولهذا لا يملك انشاء الكتابة فلا يملك الاجازة وعندهما تصح اجازته كما يصح انشاء الكتابة منه و يعتق اذا أدى و يضمن المولى قيمته للغرماء لتعلق حقهم به فصار متلفا عليهم حقهم وما قبض المأذون من بدل الكتابة قبل الاجازة يستوفى منه الدين عندهما لتعلق حق الغرماء به قبل الاجازة بخلاف الاعتاق على مال وقد ذكرنا وجه الفرق لهما فكانت الاجازة فى معنى انشاء الكتابة ولو أنشأ ضمن القيمة عندهما كذا هذا وان لم يكن الدين محيطا برقبته و بما فى يده جازت اجازته بالاجماع و يضمن قيمته للغرماء لاتلاف حقهم والله الموفق للصواب

(فصل) وأما بيان ما يملكه المولى من التصرف فى المأذون وكسبه وما لا يملك و بيان حكم تصرفه فنقول و بالله التوفيق ان المولى يملك اعتاق عبده المأذون سواء لم يكن عليه دين أو كان عليه دين لان صحة الاعتاق تقف على ملك الرقبة وقد وجد الا أنه اذا لم يكن على العبد دين لا شىء على المولى وان كان عليه دين فالغرماء بالخيار ان شاؤا اتبعوا المولى بالاقل من قيمته ومن الدين لانه تصرف فى ملك نفسه واتلف حق الغير لتعلق الغرماء بالرقبة فيراعى جانب الحقيقة بتنفيذ الاعتاق و يراعى جانب الحق بايجاب الضمان مراعاة للجانبين عملا بالدليلين فينظر ان كانت قيمة العبد مثل الدين غرم ذلك وان كانت أكثر منه غرم قيمة الدين وان كانت أقل منه غرم ذلك القدر لانه ما اتلف عليهم بالاعتاق الا القدر المتعلق برقبة العبد فيؤاخذ المولى بذلك و يتبع الغرماء العبد بالباقى وان شاؤا اتبعوا العبد بكل الدين فيستسعوه فيه لان كل الدين كان واجبا عليه لمباشرة سبب الوجوب منه حقيقة وهو المعاملة الا أن رقبته تعينت لاستيفاء قدر ما يحتمله من الدين منها بتعيين المولى أو شرعا على ما نذكره فى موضعه ان شاء الله تعالى فبقيت الزيادة على ذلك فى ذمة العبد وقد عتق فيطالب به وايهما اختاروا اتباعه لا يبرأ الاخر لان اختيار التضمين فى باب الغصب يتضمن المغصوب والتمليك بعوض لا يحتمل الرجوع عنه فاما اختيار اتباع أحدهما ههنا لا يوجب ملك الدين منه ولو لم يكن على العبد دين ولكنه قتل عبدا آخر خطأ وعلم المولى به فاعتقه وهو عالم به يصير مختارا للفداء يغرم المولى تمام قيمة العبد المقتول ان كان قليل القيمة وان كان كثير القيمة بان كانت قيمته عشرة آلاف أو أكثر غرم عشرة آلاف الا عشرة فرق بين الجناية والدين اذا أعتقه وعليه دين وهو عالم به لا يلزمه تمام الدين بل الاقل من قيمته ومن الدين علم بالدين أو لم يعلم وههنا يلزمه تمام القيمة اذا كان عالما بالجناية و وجه أن الفرق موجب جناية العبد على المولى وهو الدفع لكن جعل له سبيل الخروج عنه بالفداء بجميع الارش فاذا أعتقه مع العلم بالجناية فقد صار مختارا للفداء فيلزمه الفداء بجميع قيمة العبد المقتول الا أن تكون عشرة الاف أو أكثر فينقص منه عشرة اذ لا مزيد لدية العبد على هذا القدر فاما موجب معاملة العبد وهو الدين فعلى العبد حقا للغرماء الا أن القيمة التى فى مالية الرقبة فانها تعلق بها و بالاعتاق ما أبطل عليهم الا ذلك القدر من حقهم فيضمنه والزيادة بقيت فى ذمة العبد فيطالب به بعد العتق وكذلك ان كان قتل حرا خطأ فاعتقه المولى وهو عالم به غرم المولى دية الحر لان الاعتاق مع العلم بالجناية دليل اختيار الفداء ودية الحر مقدرة بعشرة الاف درهم فيغرمها المولى هذا اذا أعتقه المولى وهو عالم بالجناية فاما اذا لم يكن عالما بالجناية يغرم قيمة عبده لاولياء الجناية لانه اذا لم يكن عالما بالجناية وقت الاعتاق لم يكن اعتاقه دليل اختيار الفداء لان هذا النوع من الاختيار لا يتحقق بدون العلم و يلزمه قيمة عبده لان الواجب الاصلى على المولى هو دفع العبد بالجناية ألا ترى أنه لو هلك العبد قبل اختيار الفداء لا شىء على المولى وانما ينتقل من العين الى الفداء باختيار الفداء فاذا لم يكن الاعتاق قبل العلم دليل الاختيار بقى الدفع واجبا وتعذر عليه دفع عينه فيلزمه دفع ماليته اذ هو دفع العين من حيث الصورة ولو كان على العبد المأذون دين محيط برقبته وجنى جنايات تحيط بقيمته فاعتقه المولى وهو لا يعلم بالجناية فانه يغرم لاصحاب الدين قيمته كاملة و يغرم لاصحاب الجناية قيمة اخرى الا ان تكون قيمته عشرة الاف او اكثر فينقص منها عشرة لان حق أصحاب الدين قد تعلق بمالية العين وحق أصحاب الجناية قد تعلق بالعين والمولى بالاعتاق

أبطل الحقين جميعا فيضمنها ولو قتله أجنبي يضمن قيمة واحدة لان الضمان الواجب بالقتل ضمان اتلاف النفس والنفس واحدة فلا يتعدد ضمانها فاما الضمان الواجب بالاعتاق فضمان ابطال الحق فيتعدد ضمانه فهو الحق والله تعالى الموفق فان قيل لم لا يشارك اصحاب الدين أصحاب الجناية فالجواب لاختلاف محل الحقين فالدفع يتعلق بالعين والدين يتعلق بمالية العين وهما محلان مختلفان فتعذرت المشاركة والله تعالى أعلم وكذلك يملك اعتاق المدبر وأم الولد المأذونين فى التجارة لما قلنا ولو أعتقهما وعليهما دين فلا ضمان على المولى من الدين ولا من قيمة المدبر وأم الولد دين التجارة لم يتعلق برقبتهما فخر وجهما عن احتمال الاستيفاء منهما بالتدبير والاستيلاء فلم يوجد منه اتلاف حق الغرماء فلا يضمن وهل يملك اعتاق كسب عبده المأذون لا خلاف فى انه اذا لم يكن على المأذون دين أصلا يملك وينفذ اعتاقه ولا شىء عليه لان الاعتاق صادف محلا هو خالص ملكه لا حق لاحد فيه فينفذ ولا يضمن شيئا فان كان عليه دين كثير محيط برقبته وكسبه لا يملك ولا ينفذ اعتاقه عند أبى حنيفة رضى الله عنه الا أن يسقط حق الغرماء بان يقضى المولى دينهم أو تبرئه الغرماء من الدين أو يشتريه المولى من الغرماء وعند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله يملك وينفذ اعتاقه ويضمن قيمته ان كان موسرا وان كان معسرا سعى العبد فيه ويرجع على المالك والمسألة تعرف بان المولى يملك كسب عبده المأذون المديون دينا مستغرقا لرقبته وكسبه عنده لا يملك وعندهما يملك وجه قولهما ان رقبة المأذون وان تعلق بها حق الغرماء فهى ملك المولى ألا ترى انه ملك اعتاقه وملك الرقبة علة ملك الكسب فيملك الكسب كما يملك الرقبة وجه قول أبى حنيفة رضى الله عنه أن شرط ثبوت الملك للمولى فى كسب العبد فراغه عن حاجة العبد ولم يوجد فلا يثبت الملك له فيه كما لا يثبت للوارث فى التركة المستغرقة بالدين والدليل على أن الفراغ شرط أن الملك للمولى فى كسب العبد ثبت معدولا به عن الاصل انه لم يحصل بكسبه حقيقة وقال الله تبارك وتعالى وأن ليس للانسان الا ماسعى وهذا ليس من سعيه حقيقة فلا يكون له بظاهر النص الا أن الكسب الفارغ عن حاجة العبد خص عن عموم النص وجعل ملكا للمولى فبقى الكسب المشغول بحاجته على ظاهر النص هذا اذا كان الدين محيطا بالرقبة والكسب فان لم يكن محيطا بهما فلا شك انه لا يمنع الملك عندهما لان المحيط عندهما لا يمنع فغير المحيط أولى (وأما) أبو حنيفة رضى الله عنه فقد كان يقول أولا يمنع حتى لا يصح اعتاقه شيئا من كسبه ثم رجع وقال لا يمنع وجه قوله الاول ما ذكرنا أن الفراغ شرط ثبوت الملك له فالشغل وان قل يكون مانعا وجه قوله الآخر أن المانع من ملك المولى كون الكسب مشغولا لحاجة العبد وبعضه مشغول وبعضه فارغ (فاما) أن يعتبر جانب الشغل فى المنع من ثبوت الملك له فى كله (واما) ان يعتبر جانب الفراغ فى ايجاب الملك له فى كله واعتبار جانب الفراغ أولى لانا اذا اعتبرنا جانب الفراغ فقد راعينا حق الملك باثبات الملك له وحق الغرماء باثبات الحق لهم فاذا اعتبرنا جانب الشغل فقد راعينا جانب الغرماء وابطلنا حق المالك أصلا فقضينا حق المالك بتنفيذ اعتاقه وقضينا حق الغرماء بالضمان صيانة للحقين عن الابطال عملا بالدليلين بقدر الامكان ولهذا ثبت الملك للوارث فى كل التركة اذا لم يكن الدين محيطا بها كذا هذا ولو اعتقه ثم قضى المولى دين الغرماء من خالص ملكه أو أبرأه الغرماء نفذ اعتاقه عند عامة أصحابنا رحمهم الله تعالى وقال الحسن بن زياد رحمه الله لا ينفذ وجه قول الحسن أن الاعتاق صادف كسبا مشغولا بحاجة العبد لان الملك ثبت مقصورا على حال القضاء والابراء فيمنع النفاذ كما اذا اعتق عبد مكاتبه ثم عجز المكاتب انه لا ينفذ اعتاقه كذا هذا (ولنا) أن النفاذ كان موقوفا على سقوط حق الغرماء وقد سقط حقهم بالقضاء والابراء فظهر النفاذ من حين وجوده من كل وجه بخلاف ما اذا اعتق عبدا من اكساب مكاتبه لان المكاتب احق باكسابه من المولى لانه فيما يرجع الى اكسابه كالحر وبالعجز لا يتبين انه لم يكن أحق بكسبه فلم ينفذ اعتاق المولى وعلى هذا الخلاف لو اعتق الوارث عبدا من التركة المستغرقة بالدين ثم قضى الوارث الدين من مال نفسه أو أبرأ الغرماء الميت من الدين انه ينفذ اعتاقه خلافا للحسن ولو وطىء المولى جارية العبد المأذون وعليه دين محيط فجاءت بولد فادعاه ثبت نسبه منه وصارت

الجارية أم ولده وغرم قيمة الجارية للغرماء ولا يغرم لهم شيئا من عقرها قليلا ولا كثيرا اما صحة الدعوة فلان ملك
المولى ان لم يظهر فى الكسب فى الحال عند أبى حنيفة رضى الله عنه فله فيه حق الملك فصحت دعوته (وأما) لزوم
قيمة الجارية للغرماء فلانه بالدعوة ابطل حقهم (واما) عدم وجوب العقر فلان المانع من ظهور ملكه فى الكسب
حق الغرماء وقد سقط حقهم بالضمان فيظهر الملك له فيه من حين اكتسبه العبد فتبين انه وطىء ملك نفسه فلا
يلزمه العقر ولو اعتق المولى جارية العبد المأذون وعليه دين محيط ثم وطئها فجاءت بولد فادعاه المولى صحت دعوته
والولد حر ويضمن قيمة الجارية للغرماء لما قلنا لان الاعتاق السابق منه لم يحكم بنفاذه للحال فكان حق الملك
ثابتا له الا ان الجارية ههنا تصير حرة بالاعتاق السابق وعلى المولى العقر للجارية أما مصيرورتها حرة بالاعتاق
السابق فلان الاعتاق السابق كان نفاذه موقوفا على سقوط حق الغرماء وقد سقط بدعوة المولى فنفذ فصارت
حرة بذلك الاعتاق (وأما) لزوم العقر للجارية فلان الوطء صادف الحرة من وجه والله سبحانه وتعالى أعلم
بالصواب ويملك المولى بيع العبد المأذون اذا لم يكن عليه دين لانه خالص ملكه وان كان عليه دين لا يملك
بيعه الا باذن الغرماء أو باذن القاضى بالبيع للغرماء أو بقضاء الدين ولو أذن له بعض الغرماء بالبيع لا يملك
بيعه الا باجازة الباقين لما نذكره فى بيان حكم تعلق الدين ويملك أخذ كسب العبد من يده اذا لم يكن عليه دين لانه
فارغ عن حاجته لانه خالص ملكه ولو لحقه دين بعد ذلك فالمأخوذ سالم للمولى لان شرط خلوص الملك له فيه
كونه فارغا عند الاخذ وقد وجد ولو كان الكسب فى يد العبد ولا دين عليه فلم يأخذ المولى حتى لحقه دين ثم أراد
أن يأخذه لا يملك أخذه لانه لم يوجد الفراغ عند الاخذ فلم يوجد الشرط وان كان عليه دين وفى يده كسب لا يملك
أخذه لانه مشغول بحاجته لتعلق حق الغرماء به ولو اخذه المولى فللغرماء ان يأخذوه منه ان كان قائما وقيمته
ان كان هالكا لتعلق حقهم بالمأخوذ فعليه رد عينه او بدله ولو لحقه دين آخر بعد ما اخذه المولى اشترك
الغرماء الاولون والاخرون فى المأخوذ واخذوا عينه اوقيمته لان زمان الاذن مع تعدده حقيقة فى حكم
زمان واحد كزمان المرض فكان زمان تعلق الديون كلها واحدا لذلك اشتركوا فيه ولو كان المولى يأخذ الغلة
من العبد فى كل شهر فلحقه دين محيط برقبته وكسبه فهل يجوز له قبض الغلة مع قيام الدين ينظر ان كان
يأخذ عليه مثله جاز له ذلك استحسانا والقياس أن لا يجوز لان حقهم يتعلق بالغلة الا انا استحسنا
الجواز نظراً للغرماء لان الغلة لا تحصل الا بالتجارة فلو منع المولى عن أخذ غلة المثل لحجره عن التجارة فلا يتمكن
من الكسب فيتضرر به الغرماء فكان اطلاق هذا القدر وسيلة الى غرضهم فكان تحصيلا للغلة من حيث المعنى
وليس له ان يأخذ أكثر من غلة المثل ولو اخذ رد الفضل على الغرماء لان امتناع ظهور حقهم فى غلة المثل للضرورة
ولا ضرورة فى الزيادة فيظهر حقهم فيها مع ما ان فى اطلاق ذلك اضرارا بالغرماء لان المولى يوظف عليه
غلة تستغرق كسب الشهر فيتضرر به الغرماء وعلى هذا اذا كان على العبد دين وفى يده مال فاختلف العبد
والمولى فالقول قول العبد ويقضى منه الدين لان الكسب فى يده والمأذون فى اكسابه التى فى يده كالحر
ولو كان المال فى يدهما فهو بينهما لاستوائهما فى اليد وان كان ثمة ثالث فهو بينهم اثلاثا لما قلنا ولو لم يكن
عليه دين فاختلف العبد والمولى واجنبى فهو بين المولى والاجنبى لانه اذا لم يكن عليه دين فلا عبرة ليده
فكانت يده ملحقة بالعدم فبقيت يد المولى والاجنبى فكان الكسب بينهما نصفين وهذا اذا لم يكن العبد
فى منزل المولى فان كان فى منزل المولى وفى يده ثوب فاختلفا فان كان الثوب من تجارة العبد فهو له لانهما
استويا فى ظاهر اليد وترجح يد العبد بالتجارة وان لم يكن من تجارته فهو للمولى لان الظاهر شاهد للمولى
ولو كان العبد راكبا على دابة او لابسا ثوبا فهو للعبد سواء كان من تجارته او لم يكن لانه ترجح يده بالتصرف
فكانت اولى من يد المولى ولو تنازع المأذون واجنبى فيما فى يده من المال فالقول قول العبد لما ذكرنا انه فيما يرجع
الى السيد كالحر ولو اجر الحر او المأذون نفسه من خياط يخيط معه او من تاجر يعمل معه وفى يد الاجير ثوب
واختلفا فقال المستأجر هو لى وقال الاجير هو لى فان كان الاجير فى حانوت التاجر والخياط فهو للتاجر والخياط

وان لم يكن فى منزله وكان فى السكة فهو للاجير لان الاجير اذا كان فى دار الخياط ودار الخياط فى يد الخياط كان الاجير مع ما فى يده فى يد الخياط ضرورة واذا كان فى السكة لم يكن هو فى يده فكذا ما فى يده كما لو كان مكان الاجير أجنبى ولو آجر المولى عبده المحجور من رجل ومعه ثوب فادعاه المولى والمستأجر فهو للمستأجر سواء كان العبد فى منزل المستأجر أو لم يكن بخلاف الاجير اذا لم يكن فى منزل المستأجر أنه يكون للاجير دون المستأجر (ووجه) الفرق بان يد العبد يد نيابة عن المولى وقد صار مع ما فى يده بالاجارة فى يد المستأجر فكان القول قول صاحب اليد فاما يد الاجير فيد اصالة اذ هو فى حق اليد كالحر فلا يصير بنفس الاجارة فى يد المستأجر ولو كان المحجور فى منزل المولى فهو للمولى لانه اذا كان فى منزل المولى كان فى يده لكون منزله فى يده فتزول يد المستأجر والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

﴿ فصل ﴾ وأما بيان حكم الغرور فى العبد المأذون فنقول وبالله التوفيق اذا جاء رجل بعبد الى السوق وقال هذا عبدى أذنت له بالتجارة فبايعوه فبايعه أهل السوق فلحقه دين ثم استحق أو تبين انه كان حراً أو مدبراً أو أم ولد فهذا لا يخلو من أحد وجهين اما ان كان الرجل حراً واما ان كان عبداً فان كان حراً فعليه الاقل من قيمة العبد ومن الدين أما وجوب أصل الضمان عليه فلانه غرهم بقوله هذا عبدى فبايعوه حيث أضاف العبد الى نفسه وأمرهم بمبايعته فيلزمه ضمان الغرور وهذا لان أمره اياهم بالمبايعة اخبار منه عن كونه مأذوناً فى التجارة واضافة العبد الى نفسه اخبار عن كونه ملكا له والاذن بالتجارة مع عبد الاذن يوجب تعلق الدين برقبته فكان الاذن مع الاضافة دليلا على الكفالة عما يتعلق برقبته التى هى مملوكة له فيؤخذ بضمان الكفالة اذ ضمان الغرور فى الحقيقة ضمان الكفالة والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب (وأما) وجوب الاقل من قيمة العبد ومن الدين فلان الداخل تحت الكفالة هذا القدر وللغرماء أن يرجعوا على الذى ولى مبايعتهم ان كان حراً لانه الذى باشر سبب الوجوب حقيقة وان كان مستحقاً أو مدبراً أو مكاتباً أو أم ولد يرجع عليهم بعد العتاق لان رقابهم لا تحتمل الاستيفاء قبل العتاق وسواء قال أذنت له بالتجارة أو لم يقل لان الامر بالمبايعة يغنى عن التصريح بالاذن وسواء أمر بتجارة عامة أو خاصة لان التخصيص لغو عندنا بخلاف ما اذا قال ما بايعت فلانا من البز فهو على أنه لا يصير كفيلا بغيره لان هناك التخصيص صحيح لوقوع التصرف فى كفالة مقصودة والكفالة المقصودة محتملة للتخصيص فأما ههنا فالكفالة ما ثبتت مقصودة وانما ثبتت مقتضى الامر بالمبايعة والامر لا يحتمل التخصيص فكذا الكفالة هذا اذا أضاف العبد نفسه وأمرهم بمبايعته فأما اذا وجد أحدهما دون الآخر لا ضمان عليه لان معنى الكفالة لا يثبت بأحدهما دون الآخر فلا بد من وجودهما ولو كان هذا العبد الذى أضافه الى نفسه وامر الناس بمبايعته ملكا للآمر فدبره المولى ثم لحقه دين بعد التدبير لم يضمن المولى شيأ لانه لم يغرهم حيث لم يظهر الامر بخلافه فلا يلزمه ضمان الغرور وكذا لم يتلف عليهم حقهم بالتدبير لانعدام الدين عنده وكذا لو أعتقه المولى ثم بايعوه لما قلنا هذا اذا كان الآمر حراً فاما اذا كان عبداً فان كان محجوراً فلا ضمان عليه حتى يعتق لان هذا ضمان كفالة وكفالة العبد المحجور لا تنفذ للحال وان كان مأذونا أو مكاتباً وكان المأذون حراً لا ضمان على الآمر فى شئ وكذا لو كان الآمر صبياً مأذونا لان المأذون والمكاتب لا تنفذ كفالتهما للحال ولكنها تنعقد فيؤاخذ به بعد العتق والصبى لا تنعقد كفالته فلا يؤاخذ بالضمان والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

﴿ فصل ﴾ وأما بيان حكم الدين الذى يلحق المأذون فنقول وبالله التوفيق حكمه تعلقه بمحل يستوفى منه اذا ظهر فلا بد من بيان سبب تعلق الدين وبيان سبب ظهور الدين وبيان حكم التعلق أما بيان سبب تعلق الدين فلتعلق الدين أسباب منها التجارة من البيع والشراء والاجارة والاستئجار والاستدانة ومنها ما هو فى معنى التجارة كالغصب وجحود الامانات من الودائع ونحوها لان الغصب وجحود الامانة سبب لوجوب الملك فى المغصوب والمجحود فكان فى معنى التجارة وكذا الاستهلاك مأذوناً كان أو محجوراً بأن عقر دابة أو خرق ثوباً خرقاً فاحشاً

لانه سبب لثبوت الملك فى العين قبل الهلاك فكان فى معنى التجارة وكذلك عقر الجارية المستحقة بان اشترى جارية فوطئها ثم استحقت لان الواجب وان كان قيمة منافع البضع لكن منافع البضع لا تتقوم الا بالعقد فتلحق بالواجب بالعقد فكان فى حكم ضمان التجارة والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب ومنها النكاح باذن المولى لانه لم يشرع بدون المهر

﴿ فصل ﴾ وأما بيان سبب ظهور الدين فسبب ظهوره شيئان أحدهما اقراره بالدين وبكل ماهو سبب لتعلق الدين بمحل يستوفى منه وهو ماذكرنا لان اظهار ذلك بالاقرار من ضرورات التجارة على ما بينا فيملكه المأذون والثانى قيام البينة على ذلك عند الانكار لان البينة حجة مظهرة للحق ولا ينتظر حضور المولى بل يقضى عليه ولو كان محجورا فقامت البينة عليه بالغصب لم يقض عليه حتى يحضر المولى (ووجه) الفرق أن الشهادة فى المأذون قامت عليه لا على المولى لان يد التصرف له لا للمولى فيملك الخصومة فكانت الشهادة قائمة عليه لا على المولى فلا معنى لشرط حضور المولى بخلاف المحجور لانه لا يد له فلا يملك الخصومة فكانت الشهادة قائمة على المولى فشرط حضوره لئلا يكون قضاء على الغائب ولو ادعى على العبد المحجور وديعة مستهلكة أو بضاعة أو شيئا كان أصله أمانة لا يقضى بها للحال عند أبى حنيفة ومحمد عليهما الرحمة وعند أبى يوسف رحمه الله يقضى بها للحال بناء على أن العبد لا يؤاخذ بضمان وديعة مستهلكة للحال عندهما وانما يؤاخذ به بعد العتاق فيتوقف القضاء بالضمان اليه وعنده يؤخذ به للحال فلا يتوقف والله سبحانه وتعالى أعلم وكذلك لو أقامت البينة على اقرار المأذون بذلك قضى عليه ولا يشترط حضور المولى ولو قامت البينة على اقرار المحجور بالغصب لم يقض عليه وان كان المولى حاضرا لان المحجور لو أقر بذلك لم ينفذ على مولاه للحال كذا اذا قامت البينة على اقراره بخلاف المأذون ولو قامت البينة على العبد المأذون أو المحجور على سبب قصاص أو حد من القتل والقذف والزنا والشرب لم يقض بها حتى يحضر المولى عند أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف يقضى بها وان كان غائبا واجمعوا على أنه لو أقر بالحدود والقصاص فانها تقام من غير حضرة المولى (وجه) قول أبى يوسف ان العبد أجنبى عن المولى فيما يرجع الى الحدود والقصاص ألا ترى انه يصح اقراره بهما من غير تصديق المولى ولا يصح اقرار المولى من غير تصديقه فكانت هذه شهادة قائمة عليه لا على المولى فلا يشترط حضوره ولهذا لم يشترط حضرة المولى فى الاقرار (وجه) قولهما أن العبد بجميع أجزائه مال المولى واقامة الحدود والقصاص اتلاف ماله عليه فيصان حقه عن الاتلاف ما أمكن وفى شرط الحضور صيانة حقه عن الاتلاف بقدر الامكان لانه لو كان حاضرا عسى يدعى شبهة مانعة من الاقامة وحق المسلم تجب صيانته عن البطلان ما أمكن ومثل هذه الشبهة مما لا ينعدم فى الاقرار بعد صحته لذلك افترقا وكذلك اذا اقامت البينة على عبد أنه سرق عشرة دراهم وهو يجحد ذلك انه لو كان المولى حاضرا قطع ولا يضمن السرقة مأذونا كان أو محجورا بلا خلاف لان القطع مع الضمان لا يجتمعان وان كان غائبا فاذا كان العبد مأذونا يضمن السرقة ولا يقطع لان غيبة المولى لا تمنع القضاء بالضمان فى حق المأذون ومتى وجب الضمان امتنع القطع لانهما لا يجتمعان وعلى قياس أبى يوسف هذا والفصل الاول سواء يقطع ولا يضمن السرقة ولان حضرة المولى عنده ليس بشرط للقضاء بالقطع والقطع يمنع الضمان وان كان محجورا لا تسمع البينة على السرقة فلا يقضى عليه بقطع ولا ضمان عندهما (أما) القطع فلان حضرة المولى شرط ولم يوجد (وأما) الضمان فلان غيبة المولى تمنع القضاء بالضمان فى حق المحجور وعنده يقطع ولا يضمن لما قلنا ولو قامت البينة على سرقة مادون النصاب فان كان مأذونا قبلت ولزمه الضمان دون القطع سواء حضر المولى أو غاب لان سرقة مادون النصاب لا توجب القطع فبقى دعوى السرقة ودعوى الضمان على المأذون وحضرة المولى ليست بشرط للقضاء بالضمان على المأذون وان كان محجورا لا تسمع بينته أصلا (أما) على القطع فظاهر وأما على المال فلان حضور المولى شرط القضاء على

المحجور بالمال ولو قامت البينة على اقرار المأذون أو المحجور بسبب القصاص أو الحد لزمه القود وحد حد القذف حضر المولى أو غاب ولا يلزمه ما سواهما من الحدود وان كان المولى حاضراً لان القصاص حق العبد وكذا حد القذف فيه حق العبد وسائر الحدود حقوق الله سبحانه وتعالى خالصا فالبينة وان أظهرت الاقرار فالانكار منه رجوع عن الاقرار والرجوع عن الاقرار يصح فى حقوق الله تبارك وتعالى لا فى حقوق العباد فيجب القصاص وحد القذف ويسقط ما سواهما غير انه اذا قامت البينة على اقراره بالسرقة يلزمه الضمان ان كان مأذوناً سواء بلغ نصابا أو لم يبلغ حضر المولى أو غاب لان سقوط القطع للرجوع والرجوع فى حق المال لم يصح فيجب الضمان سواء كان المولى حاضراً أو غائباً لان القضاء بالمال على المأذون لا يقف على حضور المولى ولو كان محجوراً لا قطع عليه ولا ضمان أما القطع فلمكان الرجوع وأما الضمان فلان اقرار المحجور بالمال غير نافذ فى الحال فلا تصح اقامة البينة عليه ولو قامت البينة على الصبى المأذون أو المعتوه المأذون على قتل أو سبب حد قبلت على القتل وتجب الدية على العاقلة ولا تقبل على الحد لتصور سبب وجوب الدية منه وهو القتل الخطأ لان عمد الصبى خطأ وانعدام تصور سبب وجوب الحد منه من الزنا وغيره غير انه اذا قامت البينة عليه على السرقة قبلت على المال وضمنه القاضى لان الصبى المأذون من أهل القضاء عليه بالمال ولو قامت البينة على اقراره بالقتل لم تقبل لان اقرار الصبى غير صحيح فلا تقبل البينة عليه والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

﴿فصل﴾ وأما بيان محل التعلق فنقول وبالله التوفيق لا خلاف فى ان الدين يتعلق بكسب العبد لان المولى بالاذن بالتجارة عينه للاستيفاء أو تعين شرعا نظراً للغرماء سواء كان كسب التجارة أو غيره من الهبة والصدقة والوصية وغيرها وهذا قول علمائنا الثلاثة رضى الله عنهم وقال زفر رحمه الله لا يتعلق الا بكسب التجارة وتكون الهبة وغيرها للمولى (وجه) قول زفر ان التعلق حكم الاذن والاذن بالتجارة لا لغيرها وهذه ليست من كسب التجارة فلا يتعلق بها الدين (ولنا) ان شرط ثبوت الملك للمولى فى كسب العبد أى كسب كان فراغه عن حاجة العبد للفقه الذى ذكرنا من قبل ولم يوجد الفراغ فلا يثبت الملك له وسواء حصل الكسب بعد لحوق الدين أو كان حاصلا قبله الا الولد والارش فان ما ولدت المأذونة من غير مولاها بعد لحوق الدين يتعلق به وما ولدته قبل ذلك لا يتعلق الدين به ويكون للمولى وكذلك الارش بان فقئت عينها فوجب الارش على الفاقئ (ووجه) الفرق ان التعلق بالولد بحكم السراية من الام اليه لان الولد يحدث على وصف الام ومعنى السراية انما يتحقق فى الحادث بعد لحوق الدين لا قبله لانه كان ولا دين على الام فلما حدث حدث على ملك المولى وكذلك الارش فى حكم الولد لان الولد جزء منفصل من الاصل والارش بدل جزء منفصل من الاصل وحكم البدل حكم الاصل وأما تعلقه بغيرهما فليس بحكم السراية بل الشغل بحاجة العبد فاذا لم ينزعه المولى من يده حتى لحقه دين محيط فقد صار مشغولا بحاجته فلا يظهر ملك المولى فيه فهو الفرق والله سبحانه وتعالى أعلم وههنا فرق آخر وهو ان الولد المولود بعد لحوق الدين يدخل فى الدين وولد الجناية لا يدخل فى الجناية لان دخوله فى الدين بحكم السراية لان الدين يتعلق برقبة الام فسرى ذلك الى الولد فحدث على وصف الام والجناية لا تحتمل التعلق بالرقبة فلا تحتمل السراية فهو الفرق ولو أذن له المولى دفع اليه مالا ليعمل به فباع واشترى ولحقه دين لا يتعلق الدين بالمال المدفوع اليه لان الدين يتعلق بكسب العبد وذا ليس كسبه أصلا فلا يتعلق به وأما رقبة العبد فهل يتعلق الدين بها اختلف فيه قال علماؤنا الثلاثة رضى الله تعالى عنهم يتعلق وقال زفر والشافعى رحمهما الله تعالى لا يتعلق (وجه) قولهما ان هذا ان كان دين العبد فالرقبة ملك المولى ودين الانسان لا يقضى من مال مملوك لغيره الا باذنه ولم يوجد وان كان دين المولى فلا يتعين له مال دون مال كسائر ديون المولى وانما يقضى من الكسب لوجود التعيين فالاذن من المولى دلالة الاذن بالتجارة لانه قضاء دين التجارة من كسب التجارة فكان مأذونا فيه دلالة ومثل هذه الدلالة لم يوجد فى الرقبة لان رقبة العبد ليست من كسب التجارة (ولنا) ان نقول هذا دين العبد لكن ظهر وجوبه عند

المولى ودين العبد اذا ظهر وجوبه عند المولى يقضى من رقبته التي هي مال المولى كدين الاستهلاك أو نقول هذا دين المولى فيقضى من المال الذي عينه المولى للقضاء منه كالرهن والمولى بالاذن عين الرقبة لقضاء الدين منها فيتعين بتعيين المولى والله سبحانه وتعالى أعلم واذا كان الرقبة والكسب كل واحد منهما محلا لتعلق الدين به فاذا اجتمع الكسب والرقبة يبدأ بالاستيفاء من الكسب لان الكسب محل للتعلق قطعاً ومحلية الرقبة لتعلق محل الاجتهاد فكانت البدلية بالكسب أولى فاذا قضى الدين منه فان فضل من الكسب شئ فهو للمولى لانه كسب فارغ عن حاجة العبد وان فضل الدين يستوفى من الرقبة عندنا فان فضل على الثمن يتبع العبد به بعد العتاق على ما نذكره

﴿فصل﴾ وأما بيان حكم التعلق فنقول وبالله تعالى التوفيق ان لتعلق الدين أحكاما منها ولاية طلب البيع للغرماء من القاضي لان معنى تعلق الدين منه ليس الا تعينه لاستيفاء الدين منه وهو في الحقيقة تعين ماليته للاستيفاء لان استيفاء الدين من جنسه يكون وذلك ماليته لا عينه وذلك بيعه وأخذ ثمنه الا ان يقضى المولى ديونهم فتخلص له الرقبة لان حقهم في المالية دون العين وقد قضى حقهم فبطل التعلق ومنها انه اذا بيع العبد كان ثمنه بين الغرماء بالحصص لان الثمن بدل الرقبة فيكون لهم على قدر تعلق حقهم بالمبدل وهو الرقبة وكان ذلك بالحصص فكذا الثمن كثمن التركة اذا بيعت ثم اذا بيع العبد فان فضل شئ من ثمنه فهو للمولى وان فضل الدين لا يطالب المولى به لانه لا دين على المولى و يتبع العبد به بعد العتاق لان الدين كان عليه الا أن القدر الذي تعلق برقبته صار مقتضياً فبقى الفاضل عليه وانما يباع العبد في الدين اذا كان حالا فان كان مؤجلا لا يباع الى حل الاجل لان البيع يتبع التعلق والتعلق يتبع الوجوب والوجوب على التضييق لا يثبت الا بعد حل الاجل فكذا التعلق ولو كان بعضه حالا و بعضه مؤجلا فطلب أصحاب الحال البيع باعه القاضي وأعطى أصحاب الحال قدر حصتهم وأمسك حصة أصحاب الاجل لان التعليق على التضييق ثبت في حق أصحاب الحال لا في حق أصحاب الاجل وكذلك لو كان الغرماء بعضهم حضورا و بعضهم غيبا فطلب الحضور البيع من القاضي باعه القاضي وأعطى الحضور حصتهم ووقف حصة الغيب لان لكل واحد منهم على الانفراد دينا متعلقا بالرقبة وذا يوجب التحريج الى البيع فغيبة البعض لا تكون مانعة وكذلك اذا كان بعض الديون ظاهراً والبعض لا يظهر لكن ظهر سبب وجوبه بان كان عليه دين فحفر بئراً على طريق المسلمين فطلب الغريم البيع باعه القاضي في دينه وأعطاه دينه وان كان لا يفضل الثمن عن دينه شيئا لان ظهور دينه أوجب التعلق برقبته فلا يجوز ترك العمل بالظاهر بما لم يظهر ثم اذا وقعت فيها بهيمة فعطبت رجع صاحب البهيمة على الغريم فيتضاربان فيضرب صاحب البهيمة بقيمتها و يضرب الغريم بدينه فيكون الثمن بينهما بالحصص لان الحكم مستند الى وقت وجود سببه فيتبين انه كان شريكه في الرقبة في تعلق الدين فيتشاركان في بدلها بالحصص ولو كان عليه دين فاقر قبل ان يباع لغائب يصدق في ذلك صدقه المولى والغرماء أو كذبوه لان اقرار المأذون بالدين صحيح من غير تصديق المولى لما بينا واذا بيع وقف القاضي من ثمنه حصة الغائب ولو أقر بدين لغائب بعد ما بيع في الدين لم يجز اقراره وان صدقه المولى لانه اذا بيع فقد صار محجورا عليه واقرار المحجور بالدين لا يصح وان صدقه المولى فان قدم الغائب وأقام بينة على الدين اتبع الغرماء بحصته من الثمن لانه باقامة البينة ظهر ان كان شريكهم في الرقبة في تعلق الدين فشاركهم في بدلها ولا سبيل له على العبد ولا على المشترى لان حقه في الدين ومحل تعلقه الرقبة لا غير فلا سبيل له على غيرها والله سبحانه وتعالى أعلم ومنها انه لا يجوز للمولى بيع العبد الذي عليه دين الا باذن الغرماء أو بقضاء الدين أو باذن القاضي بالبيع للغرماء ولو باع لا ينفذ الا اذا وصل اليهم الثمن وفيه وفاء بديونهم لان حق الغرماء متعلق برقبته وفي البيع ابطال هذا الحق عليهم فلا ينفذ من غير رضاهم كبيع المرهون الا ان يصل ثمنه اليهم وفيه وفاء بديونهم فينفذ لما بينا ان حقهم في معنى الرقبة لا في صورتها فصار كما لو قضى المولى الدين من خالص ماله ودل اطلاق هذه الرواية على ان الدين حال قيام الكسب يتعلق بالكسب والرقبة جميعا لانه نفى جواز بيع المولى مطلقاً عن شرط عدم الكسب ولو كان قيام الكسب مانعا من التعلق بالرقبة

لجاز لان الرقبة اذ ذاك تكون خالص ملك المولى وتصرف الانسان فى خالص ملكه نافذ لا لان يحمل على حال عدم الكسب حملا للمطلق على المقيد والله سبحانه وتعالى أعلم ولو أذن له بعض الغرماء بالبيع لم يجز الا ان يجيزه الباقون لتعلق حق كل واحد بالرقبة فكان البيع تصرفا فى حق الكل فلا ينفذ من غير اجازتهم ثم فرق بين بيع المولى و بين بيع الوصى التركة فى الدين من غير اذن الغرماء انه ينفذ هناك وهنا لا ينفذ (ووجه) الفرق ان للغرماء حق استسعاء المأذون وهذا الحق يبطل بالبيع فكان امتناع النفاذ مفيدا وليس للغرماء ولاية استسعاء التركة لما فيه من تأخير قضاء دين الميت فكان عدم النفاذ للوصول الى الثمن خاصة وانه يحصل ببيع الوصى فلم يكن التوقف مفيدا فلا يتوقف هذا اذا كان الدين حالا فان كان مؤجلا نفذ البيع فى ظاهر الرواية لان المانع من النفاذ هو التعلق عن التضييق ولم يوجد ثم اذا حل الاجل فان كانت ديونهم مثل الثمن أو أقل أخذوا منه وان كانت ديونهم أكثر من الثمن ضمنوا المولى الى تمام قيمة العبد و روى عن محمد رحمه الله فى النوادر انه لا ينفذ بيع المولى لوجود أصل التعليق هذا اذا كان العبد قائما فى يد المشترى فان كان هالكا فالغرماء بالخيار ان شاؤا ضمنوا المولى وان شاؤا ضمنوا المشترى قيمة العبد لان كل واحد منهما غاصب حقهم فكان لهم تضمين أيهما شاؤا فان اختاروا تضمين المولى نفذ بيعه لانه خلص ملكه فيه عند البيع باختيار الضمان فكأنهم باعوه منه بثمن هو قدر قيمته واشتراه منهم به حتى لو وجد المشترى به عيبا بعد هلاكه له ان يرجع بالنقصان على المولى وللمولى ان يرجع به على الغرماء وان اختاروا تضمين المشترى بطل البيع لانه تمكن تمليكه منه بالضمان فبطل واسترد الثمن ولو لم يهلك العبد فى يد المشترى ولكن غاب المولى فان وجدوه ضمنوه القيمة وان لم يجدوه فلا خصومة بينهم و بين المشترى عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند أبى يوسف رحمه الله هذا وما اذا كان المولى حاضرا سواء والله أعلم بالصواب هذا الذى ذكرنا حكم تعلق الدين بالرقبة عند الانفراد فاما حكم تعلقه عند الاجتماع بان اجتمع الدين والجناية فنقول و بالله التوفيق اذا اجتمع الدين والجناية بان قتل العبد المأذون رجلا خطأ وعليه دين لا يبطل الدين بالجناية لان حكم الجناية فى الاصل وجوب الدفع وله سبيل الخروج عنه بالفداء أو التخيير بين الدفع والفداء وهذا لا ينافى الدين لانه يمكنه دفعه متعلقا رقبته بالدين وكذا لا ينافيه الفداء لا شك فيه فان اختار الدفع فهذا لا يخلو من ثلاثة أوجه اما ان حضر أصحاب الدين والجناية معا واما ان حضر أصحاب الجناية واما ان حضر أصحاب الدين فان حضر أصحاب الدين والجناية جميعا يدفع العبد الى أولياء الجناية ثم يبيعه القاضى للغرماء فى دينهم فانا اذا دفعناه بالجناية فقد راعينا حق أصحاب الجناية بالدفع اليهم و راعينا حق الغرماء بالبيع بدينهم واذا دفعناه الى أصحاب الدين أبطلنا حق أصحاب الجناية لتعذر الدفع بعد البيع اذ الثابت للمشترى ملك جديد خال عن الجناية فكانت البداية بالجناية مراعاة الحقين من الجانبين فكان أولى ثم فى الدفع الى أصحاب الجناية ثم البيع بالدين فائدة وهى الاستخلاص بالفداء لان للناس فى أعيان الاشياء رغائب ما ليس فى ابدالها واذا دفعه المولى الى أصحاب الجناية فالقياس ان يضمن قيمته للغرماء لانه يصير ملكا لهم بالدفع فكان الدفع منه تمليكا منهم بمنزلة البيع وفى الاستحسان لا يضمن لان الدفع واجب عليه ومن أتى بفعل واجب عليه لا يضمن لان الضمان نعه عن اقامة الواجب فيتناقض ثم اذا دفعه اليهم فيبيع للغرماء فان فضل عن دينهم شئ من الثمن صرف الى أصحاب الجناية لان العبد صار ملكا لهم بالدفع اليهم وانما بيع على ملكهم الا ان أصحاب الدين أولى بثمنه بقدر دينهم فبقى الفاضل من دينهم على ملك أصحاب الجناية كما اذا لم يكن هناك جناية فباعه القاضى للغرماء وفضل من ثمنه شئ ان الفاضل يكون للمولى كذا هذا ولو دفعه المولى الى أصحاب الدين بدينهم ان كان عالما بالجناية لزمه الارش لانه صار مختارا للفداء وان لم يكن عالما بها يلزمه قيمة العبد لان الواجب الاصلى دفع عين العبد وانما الفداء للخروج عنه بطريق الرخصة على ما بينا والدفع من غير علم لا يصلح دليل اختيار الفداء فبقى دفع العين واجبا وقد تعذر دفع عينه بالدفع الى أصحاب الدين فيجب دفع قيمته اذ هو دفع العين معنى وان حضر أصحاب الجناية أولا فكذلك يدفع العبد اليهم ولا

ينتظر حضور الغرماء لانهم لو كانوا حضوراً لكان الحكم هكذا فلا معنى للانتظار وان حضر أصحاب الدين أولا فان كان القاضي عالما بالجناية لا يبيعه في ديونهم لان في البيع ابطال حق أصحاب الجناية وان لم يكن عالما بها فباعه بطل حق أصحاب الجناية حتى لو حضروا بعد ذلك لا ضمان على القاضي ولا على المولى اما القاضي فلانه لا عهدة تلزم القاضي فيما يفعله لكونه أمينا واما المولى فلانه باعه بامر القاضي فكان مضافا الى القاضي ولو كان باعه بغير اذن القاضي فان باعه مع علمه بالجناية يلزمه الارش لانه صار مختاراً للفداء وان لم يكن عالما بالجناية يلزمه الاقل من قيمة العبد ومن الارش لما بينا والله تعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما يبطل به الاذن بعد وجوده فنقول ان الاذن بالتجارة يبطل بضده وهو الحجر فيحتاج الى بيان ما يصير العبد به محجوراً وذلك أنواع بعضها يرجع الى المولى و بعضها الى العبد اما الذي يرجع الى المولى فثلاثة أنواع صريح ودلالة وضرورة والصريح نوعان خاص وعام أما العام فهو الحجر باللسان على سبيل الاشهار والاشاعة بان يحجره في أهل سوقه بالنداء بالحجر وهذا النوع من الحجر يبطل به الاذن الخاص والعام جميعا لان الاذن بالتجارة غير لازم فكان محتملا للبطلان والشيء يبطل بمثله و بما هو فوقه وأما الخاص فهو ان يكون بين العبد و بين المولى ولا يكون على سبيل الاستفاضة والاشتهار وهذا النوع لا يبطل به الاذن العام لان الشيء لا يبطل بما هو دونه ولان الحجر اذا لم يشتهر فالناس يعاملونه بناء على الاذن العام ثم يظهر الحجر فيلحقهم ضرر الغرور وهو اتلاف ديونهم في ذمة المفلس ومعنى التعزير لا يتحقق في الاذن العام لان الناس يمتنعون عن معاملته فلا يلحقهم ضرر الغرور و يبطل به الاذن الخاص لان الحجر صحيح في حقهما حسب صحة الاذن فجاز ان يبطل به لان الشيء يحتمل البطلان بمثله ومن شرط صحة هذين النوعين علم العبد بهما فان لم يعلم لا يصير محجورا لان الحجر منع من تصرف شرعي وحكم المنع في الشرائع لا يلزم الممنوع الا بعد العلم كما في سائر الاحكام الشرعية ولو أخبره بالحجر رجلان أو رجل وامرأتان عدلا كان أو غير عدل صار محجوراً بالاجماع وكذلك اذا أخبره واحد عدل رجلا كان أو امرأة حراً كان أو عبدا أو أخبره واحد غير عدل وصدقه لان خبر الواحد في المعاملات مقبول من غير شرط العدد والعدالة والذكورة والحرية اذا صدقه فيه وأما اذا كذبه فلا يصير محجورا عند أبي حنيفة رحمه الله وان ظهر صدق الخبر وعندهما يصير محجورا صدقه أو كذبه اذا ظهر صدق المخبر ولو كان المخبر رسولا يصير محجورا بالاجماع صدقه أو كذبه ولو اشترى المأذون عبدا فأذن له بالتجارة فحجر المولى على أحدهما فان حجر على الاسفل لم يصح سواء كان على الاعلى دين أو لم يكن لانه مأذون من جهة الاعلى لا من جهة المولى وان حجر على الاعلى ينظر ان لم يكن عليه دين لا يصير الاسفل محجورا عليه لانه اذا لم يكن عليه دين فهما عبدان مملوكان للمولى فيصير كانه أذن لهما ثم حجر على أحدهما ولو كان كذلك ينحجر أحدهما بحجر الآخر كذا هذا وان كان على الاعلى دين يصير محجورا عند أبي حنيفة وعندهما لا يصير محجورا بناء على ان المولى لا يملك كسب عبده المأذون المديون عنده وعندهما يملك (ووجه) البناء انه لما لم يملك عبده وقد استفاد الاذن من جهة الاعلى لا من جهة المولى صار حجر الاعلى كموته ولو مات لصار الثاني محجورا كذا هذا ولما ملك عندهما صار الجواب في هذا وفي الاول سواء والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب وأما الدلالة فأنواع منها البيع وهو ان يبيعه المولى ولا دين عليه لانه زال ملكه بالبيع وحدث للمشتري فيه ملك جديد فيزول اذن البائع لزوال ملكه ولم يوجد الاذن من المشتري فيصير محجورا ومنها الاستيلاد بان كان المأذون جارية فاستولدها المولى استحسانا والقياس ان لا يبطل به الاذن لانها قادرة على التصرف بعد الاستيلاد (وجه) الاستحسان ان التجارة لا بد لها من الخروج الى الاسواق وأمهات الاولاد ممنوعات عن الخروج في العادات فكان الاستيلاد حجرا دلالة وأما التدبير فلا يكون حجرا لانه لا ينفي الاذن اذ الاذن اطلاق والتدبير لا ينافيه ومنها لحوقه بدار الحرب مرتدا لان الردة مع اللحوق توجب زوال الملك وذا يمنع بقاء الاذن فكان حجرا دلالة فان لم يلحق بدار الحرب فعلى قياس قول أبي

حنيفة

حنيفة رضى الله عنه ينبغى ان يقف تصرف المأذون بعد الردة وعلى قياس قولهما ينفذ والله تعالى أعلم بالصواب وأما الضرورة فأنواع أيضا منها موته لان الموت مبطل للملك وبطلان الملك يوجب بطلان الاذن على ما بينا ومنها جنونه جنونا مطبقا لان أهلية الاذن شرط بقاء الاذن لان الاذن بالتجارة غير لازم فكان لبقائه حكم الابتداء ثم ابتداء الاذن لا يصح من غير الاهل فلا يبقى أيضا والجنون المطبق مبطل للاهلية فصار محجورا فان أفاق يعود مأذونا لان بطلان الاذن لبطلان الاهلية مع احتمال العود فاذا أفاق عادت الاهلية فعاد مأذونا وصار كالموكل اذا أفاق بعد جنونه انه تعود الوكالة كذا هذا وأما الاغماء فلا يوجب الحجر لانه لا يبطل الاهلية لكونه على شرف الزوال ساعة فساعة عادة ولهذا لا يمنع وجوب سائر العبادات وأما الذى يرجع الى العبد فانواع أيضا منها اباقه لانه بالاباق تنقطع منافع تصرفه عن المولى فلا يرضى به المولى وهذا ينافى الاذن لان تصرف المأذون برضا المولى ومنها جنونه جنونا مطبقا لانه مبطل أهلية التجارة على وجه لا يحتمل العود الا على سبيل الندرة لزوال ما هو مبنى عليه وهو العقل فلم يكن فى بقاء الاذن فائدة فيبطل ولو أفاق بعد ذلك لا يعود مأذونا بخلاف الموكل والله سبحانه وتعالى علم وأما الجنون الذى هو غير مطبق فلا يوجب الحجر لان غير المطبق منه ليس بمبطل للاهلية لكونه على شرف الزوال فكان فى حكم الاغماء ومنها ردته عند أبى حنيفة وعندهما لا توجب الحجر بناء على وقوف تصرفاته عنده ونفوذها عندهما ومنها لحوقه بدار الحرب مرتدا لان اللحوق بدار الحرب مرتدا بمنزلة الموت فكان مبطلا للاهلية فيصير محجورا لكن عند أبى حنيفة رحمه الله من وقت الردة وعندهما من وقت اللحوق والله تعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما حكم الحجر فهو انحجار العبد فى حق المولى عن كل تصرف كان يملكه بسبب الاذن فلا يملك الاقرار بالدين اذا لم يكن فى يده مال لان صحة اقرار المأذون بالدين لكونه من ضرورات التجارة على ما بينا ولا يملك التجارة فلا يملك الاقرار بما هو من ضروراتها فى حق المولى لكن يتبع به بعد العتاق لان اقراره صحيح فى نفسه لصدوره من الاهل لكن لم يظهر للحال لحق المولى فاذا عتق فقد زال المانع فيظهر وان كان فى يده مال ينفذ اقراره فيما فى يده عند أبى حنيفة وعندهما لا ينفذ لانه اقرار المحجور فكيف ينفذ ولابى حنيفة رضى الله عنه انه غير محجور فيما فى يده ولم يصح الحجر فى حق ما فى يده لانه لو صح لتبادر الموالى الى حجر عبيدهم المأذونين فى التجارة اذا علموا ان عليهم دينا لتسلم لهم اكسابهم التى فى أيديهم وقد لا يكون للغرماء بينة على ذلك فيتضرر به الغرماء لتعلق ديونهم بذمة العبد المفلس فكان اقراره فيما فى يده من المال من ضرورات التجارة فأشبه اقرار المأذون بخلاف ما اذا لم يكن فى يده مال لان الحجر من المولى للوصول الى الكسب فاذا لم يكن فى يده كسب فلا يحجر فهو الفرق بين الفصلين ولو ظهر عليه الدين بالبينة أو المعاينة وفى يده كسب فحجره المولى لا سبيل للمولى على الكسب لان حق الغرماء متعلق به ويملك الاقرار على نفسه بالحدود والقصاص صدقه المولى أو كذبه لانه لا ملك للمولى فى نفسه فى حق الحدود والقصاص فاستوى فيه تصديقه وتكذيبه ولا يحتاج فى اقامتها الى حضور المولى بالاجماع وفيما اذا ثبت ذلك ببينة قامت عليه اختلاف ذكرناه فيما قبل والمحجور فى الجناية عمدا أو خطأ والمأذون سواء وموضع معرفة حكم جنايتهما كتاب الديات وسنذكره فيه ان شاء الله تعالى

﴿ كتاب الاقرار ﴾

الكلام فى هذا الكتاب يقع فى مواضع فى بيان ركن الاقرار وفى بيان الشرائط التى يصير الركن بها اقرارا شرعا وفى بيان ما يصدق المقر فيما ألحق باقراره من القرائن مما لا يكون رجوعا حقيقة وما لا يصدق فيه مما يكون رجوعا عنه وفى بيان ما يبطل به الاقرار بعد وجوده أما ركن الاقرار فنوعان صريح ودلالة فالصريح نحو أن يقول لفلان على ألف درهم لان كلمة على كلمة ايجاب لغة وشرعا قال الله تبارك وتعالى ولله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا وكذا اذا قال

لرجل لى عليك الف درهم فقال الرجل نعم لان كلمة نعم خرجت جوابا لكلامه وجواب الكلام اعادة له لغة كأنه قال لك على الف درهم وكذلك اذا قال لفلان فى ذمتى الف درهم لان ما فى الذمة هو الدين فيكون اقراراً بالدين ولو قال لفلان قبلى الف درهم ذكر القدورى رحمه الله أنه اقرار بامانة فى يده وذكر الكرخى رحمه الله أنه يكون اقراراً بالدين وجه ماذكره الكرخى أن القبالة هى الكفالة قال الله سبحانه وتعالى عز من قائل والملائكة قبيلا أى كفيلا والكفالة هى الضمان قال الله تبارك وتعالى وكفلها زكريا على قراءة التخفيف أى ضمن القيام بأمرها وجه ماذكره القدورى رحمه الله أن القبالة تستعمل بمعنى الضمان وتستعمل بمعنى الامانة فان محمدا رحمه الله ذكر فى الاصل أن من قال لاحق لى على فلان يبرأ عن الدين ومن قال لاحق لى عند فلان أو معه يبرأ عن الامانة ولو قال لاحق لى قبله يبرأ عن الدين والامانة جميعا فكانت القبالة محتملة للضمان والامانة والضمان لم يعرف وجوبه فلا يجب بالاحتمال ولو قال له فى دراهمى هذه الف درهم يكون اقراراً بالشركة ولو قال له فى مالى الف درهم ذكر فى الاصل أن هذا اقرار له ولم يذكر أنه مضمون أو أمانة واختلف المشايخ فيه قال الجصاص رحمه الله انه يكون اقراراً بالشركة له كما فى الفصل الاول لانه جعل ماله ظرفا للمقر به وهو الالف فيقتضى الخلط وهو معنى الشركة وقال بعضهم ان كان ماله محصورا يكون اقرارا بالشركة وان لم يكن محصورا يكون إقرارا بالدين فظاهر اطلاق الكتاب يدل على الاقرار بالدين كيفما كان لان كلمة الظرف فى مثل هذا تستعمل فى الوجوب قال النبى عليه الصلاة والسلام فى الرقة ربع العشر وفى خمس من الابل السائمة شاة وفى الركاز الخمس ولو قال له فى مالى ألف درهم لا يكون اقرارا بل يكون هبة لانه ليس فيه ما يدل على الوجوب فى الذمة لان اللام المضاف الى أهل الملك للتمليك والتمليك بغير عوض هبة واذا كان هبة فلا يملكها الا بالقبول والتسليم ولو قال له فى مالى ألف درهم لاحق له فيها فهو اقرار بالدين لان الالف التى لاحق له فيها لا تكون دينا اذ لو كانت هبة لكان له فيها حق ولو قال له عندى ألف درهم فهو وديعة لان عندى لا تدل على الوجوب فى الذمة بل هى كلمة حضرة وقرب ولا اختصاص لهذا المعنى بالوجوب فى الذمة فلا يثبت الوجوب الا بدليل زائد وكذلك لو قال لفلان معى أو فى منزلى أو فى بيتى أو فى صندوقى ألف درهم فذلك كله وديعة لان هذه الالفاظ لا تدل الا على قيام اليد على المذكور وذا لا يقتضى الوجوب فى الذمة لا محالة فلم يكن اقرارا بالدين فكانت وديعة لانها فى متعارف الناس تستعمل فى الودائع فعند الاطلاق تصرف اليها ولو قال له عندى ألف درهم عارية فهو قرض لان عندى تستعمل فى الامانات وقد فسر بالعارية وعارية الدراهم والدنانير تكون قرضا اذ لا يمكن الانتفاع بها الا باستهلاكها واعارة ما لا يمكن الانتفاع به الا باستهلاكه يكون قرضا فى المتعارف وكذلك هذا فى كل ما يكال أو يوزن لتعذر الانتفاع بها بدون الاستهلاك فكان الاقرار باعارتها اقرارا بالقرض والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) الدلالة فهى أن يقول له رجل لى عليك ألف فيقول قد قضيتها لان القضاء اسم لتسليم مثل الواجب فى الذمة فيقتضى سابقية الوجوب فكان الاقرار بالقضاء اقرارا بالوجوب ثم يدعى الخروج عنه بالقضاء فلا يصح الا بالبينة وكذلك اذا قال له رجل لى عليك ألف درهم فقال اتزنها لانه أضاف الاتزان الى الالف المدعاة والانسان لا يأمر المدعى باتزان المدعى الا بعد كونه واجبا عليه فكان الامر بالاتزان اقرارا بالدين دلالة وكذلك اذا قال انتقدها لما قلنا ولو قال اتزن أو انتقد لم يكن اقرارا لانه لم توجد الاضافة الى المدعى فيحتمل الامر باتزان شئ آخر فلا يحمل على الاقرار بالاحتمال وكذا اذا قال أجلنى بها لان التأجيل تأخير المطالبة مع قيام أصل الدين فى الذمة كالدين المؤجل والله تعالى أعلم ولو قال له رجل لى عليك ألف درهم فقال حقا يكون اقرارا لان معناه حققت فيما قلت لان انتصاب المصدر لا بد له من اظهار صدره وهو الفعل ويحتمل أن يكون معناه قل حقاً أو الزم حقاً ولكن الاول أظهر وكذلك اذا قال الحق لانه تعريف المصدر وهو قوله حقا وكذلك لو قال صدقا أو الصدق أو يقينا أو اليقين لما قلنا ولو قال برا أو البر لا يكون اقرارا لان لفظة البر مشترك تذكر على ارادة الصدق وتذكر على ارادة التقوى وتذكر على ارادة الخير فلا يحمل على الاقرار بالاحتمال وكذلك لو قال صلاحا أو

الصلاح لا يكون اقرارا لان لفظة الصلاح لا تكون بمعنى التصديق والاقرار فانه لو صرح وقال له صلحت لا يكون تصديقا فيحمل على الامر بالصلاح والاجتناب عن الكذب هذا اذا ذكر لفظة مفردة من هذه الالفاظ الخمسة فان جمع بين لفظتين متجانستين أو مختلفتين فحكمه يعرف فى اقرار الجامع ان شاء الله تعالى ثم ركن الاقرار لا يخلو اما أن يكون مطلقا واما أن يكون ملحقا بقرينة فالمطلق هو قوله لفلان على كذا وما يجرى مجراه خاليا عن القرائن (وأما) الملحق بالقرينة فبيانه يشتمل على فصل بيان ما يصدق للمقر فيما ألحق باقراره من القرائن ما لا يكون رجوعا وما لا يصدق فيه مما يكون رجوعا فنقول القرينة فى الاصل نوعان قرينة مغيرة من حيث الظاهر مبنية على الحقيقة وقرينة مبنية على الاطلاق أما القرينة المغيرة من حيث الظاهر والمبنية على الحقيقة فهى المسقطة لاسم الجملة فيعتبر بها الاسم لكن يتبين بها المراد فكان تغييرا صورة تبيينا معنى (وأما) القرينة المغيرة فتتنوع ثلاثة أنواع نوع يدخل فى أصل الاقرار ونوع يدخل على وصف المقر به ونوع يدخل على قدره وكل ذلك قد يكون متصلا وقد يكون منفصلا أما الذى يدخل على أصل الاقرار فنحو التعليق بمشيئة الله تعالى متصلا باللفظ بان قال لفلان على الف درهم ان شاء الله تعالى وهذا يمنع صحة الاقرار أصلا لان تعليق مشيئة الله تبارك وتعالى بكون الالف فى الذمة أمر لا يعرف فان شاء كان وان لم يشأ لم يكن فلا يصح الاقرار مع الاحتمال ولان الاقرار اخبار عن كائن والكائن لا يحتمل تعليق كونه بالمشيئة فان الفاعل اذا قال أنا فاعل ان شاء الله تعالى يستحق ولهذا أبطلنا القول بالاستثناء فى الايمان والله تعالى أعلم بالصواب وكذا اذا علقه بمشيئة فلان لا يصح الاقرار لما قلنا ولو أقر بشرط الخيار بطل الشرط وصح الاقرار لما ذكرنا أن الاقرار اخبار عن ثابت فى الذمة وشرط الخيار فى معنى الرجوع والاقرار فى حقوق العباد لا يحتمل الرجوع (وأما) الذى يدخل على وصف المقر به فان كان متصلا باللفظ بان قال لفلان على ألف درهم وديعة يصح ويكون اقرارا بالوديعة وان كان منفصلا عنه بان سكت ثم قال عنيت به الوديعة لا يصح ويكون اقرارا بالدين لان بيان المغير لا يصح الا بشرط الوصل كالاستثناء وهذا لان قوله لفلان على ألف درهم اخبار عن وجوب الالف عليه من حيث الظاهر ألا ترى أنه لو سكت عليه لكان كذلك فان قرن به قوله وديعة وحكمها وجوب الحفظ فقد غير حكم الظاهر من وجوب العين الى وجوب الحفظ فكان بيان تغيير من حيث الظاهر فلا يصح الا موصولا كالاستثناء وانما يصح موصولا لان قوله على ألف درهم يحتمل وجوب الحفظ أى على حفظ ألف درهم وان كان خلاف الظاهر فيصح بشرط الوصل ولو قال على ألف درهم وديعة قرضا أو مضاربة قرضا أو بضاعة قرضا أو قال دينا مكان قوله قرضا فهو اقرار بالدين لان الجمع بين اللفظين فى معناهما ممكن لجواز أن يكون أمانة فى الابتداء ثم يصير مضمونا فى الانتهاء اذ الضمان قد يطرأ على الامانة كالوديعة المستهلكة ونحوها سواء وصل أو فصل لان الانسان فى الاقرار بالضمان على نفسه غير متهم (وأما) الذى يدخل على قدر المقر به فنوعان أحدهما الاستثناء والثانى الاستدراك أما الاستثناء فى الاصل فنوعان أحدهما أن يكون المستثنى من جنس المستثنى منه والثانى أن يكون من خلاف جنسه وكل واحد منهما نوعان متصل ومنفصل فان كان المستثنى من جنس المستثنى منه والاستثناء متصل فهو على ثلاثة أوجه استثناء القليل من الكثير واستثناء الكثير من القليل واستثناء الكل من الكل اما استثناء القليل من الكثير فنحو أن يقول على عشرة دراهم الا ثلاثة دراهم ولا خلاف فى جوازه و يلزمه سبعة دراهم لان الاستثناء فى الحقيقة تكلم بالباقى بعد الثنيا كانه قال لفلان على سبعة دراهم الا أن للسبعة اسمان أحدهما سبعة والآخر عشرة الا ثلاثة قال الله تبارك وتعالى فلبث فيهم ألف سنة الا خمسين عاما معناه أنه لبث فيهم تسعمائة وخمسين عاما وكذلك اذا قال لفلان على ألف درهم سوى ثلاثة دراهم لان سوى من ألفاظ الاستثناء وكذا اذا قال غير ثلاثة لان غير بالنصب للاستثناء فان قال لفلان على درهم غير دانق يلزمه خمسة دوانق ولو قال غير دانق بالرفع يلزمه درهم تام (وأما) استثناء الكثير من القليل بان قال لفلان على تسعة دراهم الا عشرة فجائز فى ظاهر الرواية و يلزمه درهم

الا ماروى عن أبى يوسف رحمه الله لا يصح وعليه العشرة والصحيح جواب ظاهر الرواية لان المنقول عن أئمة اللغة رحمهم الله ان الاستثناء تكلم بالباقى بعد الثنيا وهذا المعنى كما يوجد فى استثناء القليل من الكثير يوجد فى استثناء الكثير من القليل الا أن هذا النوع من الاستثناء غير مستحسن عند أهل اللغة لانهم انما وضعوا الاستثناء لحاجتهم الى استدراك الغلط ومثل هذا الغلط مما يندر وقوعه غاية الندرة فلا حاجة الى استدراكه لكن يحتمل الوقوع فى الجملة فيصح (وأما) استثناء الكل من الكل بان يقول لفلان على عشرة دراهم الا عشرة دراهم فباطل وعليه عشرة كاملة لان هذا ليس باستثناء اذ هو تكلم بالحاصل بعد الثنيا ولا حاصل ههنا بعد الثنيا فلا يكون استثناء بل يكون ابطالا للكلام ورجوعا عما تكلم به والرجوع عن الاقرار فى حق العباد لا يصح فبطل الرجوع وبقى الاقرار ولو قال لفلان على عشرة دراهم الا درهما زائفا لا يصح الاستثناء عند أبى حنيفة رضى الله عنه وعليه عشرة جياد وقال أبو يوسف يصح وعليه عشرة جياد للمقر له وعلى المقر له درهم زائف للمقر بناء على أن الاصل عند أبى حنيفة رحمه الله أن المقاصة لا تقف على صفة الجودة بل تقف على الوزن وعند أبى يوسف لا تتحقق المقاصة الا بهما جميعا ووجه البناء على هذا الاصل أنه لو صح الاستثناء لوجب على المقر له درهم زائف وحينئذ تقع المقاصة لان اختلاف صفة الجودة لا تمنع المقاصة عنده واذا وقعت المقاصة يصير المستثنى درهما جيدا لا زائفا وهذا خلاف موجب تصرفه فلم يصح الاستثناء وعند أبى يوسف رحمه الله لما كان اتحادهما فى صفة الجودة شرطا لتحقق المقاصة ولم يوجد ههنا لا تقع المقاصة واذا لم تقع كان الواجب على كل واحد منهما اداء ما عليه فلا يؤدى الى تغيير موجب الاستثناء فيصح الاستثناء والصحيح أصل أبى حنيفة رضى الله عنه لان الجودة فى الاموال الربوية ساقطة الاعتبار شرعا لقول النبى عليه الصلاة والسلام جيدها ورديئها سواء والساقط شرعا والعدم حقيقة سواء ولو انعدمت حقيقة لوقعت المقاصة كذا اذا انعدمت شرعا ولو قال لفلان على عشرة دراهم الا درهم ستوق فقياس قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله انه يصح الاستثناء وعليه عشرة دراهم الا قيمة درهم ستوق وقياس قول محمد وزفر رحمهما الله انه لا يصح الاستثناء أصلا وعليه عشرة كاملة بناء على أن المجانسة ليست بشرط لصحة الاستثناء عند أبى حنيفة وأبى يوسف عليهما الرحمة وعند محمد وزفر شرط على ما سنذكره ان شاء الله تعالى ولو قال لفلان على ألف الا قليلا فعليه أكثر من نصف الالف والقول فى الزيادة على الخمسمائة قوله لان القليل من أسماء الاضافة فيقتضى أن يكون ما يقابله أكثر منه ليكون هو بالاضافة اليه قليلا فاذا استثنى القليل من الالف فلا بد وأن يكون المستثنى منه أكثر من المستثنى وهو الاكثر من نصف الالف ولهذا قال بعض أهل التأويل فى قوله تبارك وتعالى يا أيها المزمل قم الليل الا قليلا ان استثناء القليل من الامر بقيام الليل يقتضى الامر بقيام أكثر الليل والقول فى مقدار الزيادة على نصف الالف قوله لانه المجمل فى قدر الزيادة فكان البيان اليه وكذلك اذا قال الا شيأ لان الاستثناء بلفظة شئ لا يستعمل الا فى القليل هذا اذا كان المستثنى من جنس المستثنى منه فان كان من خلاف جنسه ينظر ان كان المستثنى مما لا يثبت دينا فى الذمة مطلقا كالثوب لا يصح الاستثناء وعليه جميع ما أقر به عندنا بأن قال له على عشرة دراهم الا ثوبا وعند الشافعى رحمه الله يصح ويلزمه قدر قيمة الثوب وان كان المستثنى مما يثبت دينا فى الذمة مطلقا من المكيل والموزون والعددى المتقارب بان قال لفلان على عشرة الا درهم أو الا قفيز حنطة أو مائة دينار الا عشرة دراهم أو دينار الا مائة جوزة يصح الاستثناء عند أبى حنيفة وأبى يوسف رضى الله عنهما ويطرح مما أقر به قدر قيمة المستثنى وعند محمد وزفر رحمهما الله لا يصح الاستثناء أصلا (اما) الكلام مع الشافعى رحمه الله فى المسألة الاولى فوجه قول الشافعى رحمه الله أن لنص الاستثناء حكما على حدة كالنص المستثنى منه من النفى والاثبات لان الاستثناء من النفى اثبات ومن الاثبات نفى لغة فقوله لفلان على عشرة دراهم الا درهما معناه الا درهما فانه ليس على فيصير دليل النفى معارضا لدليل الاثبات فى قدر المستثنى ولهذا قال ان الاستثناء يعمل بطريق المعارضة فصار قوله لفلان على الف درهم الا ثوبا أى الا ثوبا فانه ليس على من الالف ومعلوم ان عين

الثوب

الثوب من الالف ليس عليه فكان المراد قدر قيمته أى مقدار قيمة الثوب ليس على من الالف وجه قول أصحابنا رضى الله عنهم أنه لا حكم لنص الاستثناء الا بيان أن القدر المستثنى لم يدخل تحت المستثنى منه أصلا لان أهل اللغة قالوا ان الاستثناء تكلم بالباقى بعد الثنيا وانما يكون تكلما بالباقى اذا كان ثابتا فكان انعدام حكم نص المستثنى منه فى المستثنى لانعدام تناول اللفظ اياه لا للمعارضة مع ما أن القول بالمعارضة فاسد لوجوه احدها ان الاستثناء مقارن للمستثنى منه فكانت المعارضة مناقضة والثانى أن المعارضة انما تكون بدليل قائم بنفسه ونص الاستثناء ليس بنص قائم بنفسه فلا يصلح معارضا الا أن يزاد عليه قوله الا كذا فانه كذا وهذا تغيير ومهما امكن العمل بظاهر اللفظ من غير تغيير كان أولى والثالث أن القول بالمعارضة يكون رجوعا عن الاقرار والرجوع عن الاقرار فى حقوق العباد لا يصح كما اذا قال له على عشرة دراهم وليس له على عشرة دراهم واذا كان بيانا فمعنى البيان لا يتحقق الا اذا كان المستثنى من جنس المستثنى منه اما فى الاسم أو فى احتمال الوجوب فى الذمة على الاطلاق ولم يوجد ههنا على ما نذكره ان شاء الله تعالى وقولهم الاستثناء من الاثبات نفى ومن النفى اثبات محمول على الظاهر اذ هو فى الظاهر كذلك دون الحقيقة لانه يحقق معنى المعارضة وهى محال على ما ذكرنا وجه احالته فيكون بيانا حقيقة نفيا أو اثباتا جمعا بين النقلين بقدر الامكان والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب (وأما) الكلام فى المسألة الثانية فوجه قول محمد وزفر رحمهما الله أن الاستثناء استخراج بعض ما لولاه لدخل تحت نص المستثنى منه وذا لا يتحقق الا فى الجنس ولهذا لو كان المستثنى ثوبا لم يصح الاستثناء وجه قول أبى حنيفة وأبى يوسف ان الداخل تحت قوله لفلان على عشرة دراهم عشرة موصوفة بانها واجبة مطلقا مسماة بالدراهم فان لم يمكن تحقيق معنى المجانسة فى اسم الدراهم أمكن تحقيقها فى الوجوب فى الذمة على الاطلاق لان الحنطة فى احتمال الوجوب فى الذمة على الاطلاق من جنس الدراهم ألا ترى أنها تجب دينا موصوفا فى الذمة حالا بالاستقراض والاستهلاك كما تجب سلما وثمنا حالا كالدراهم (فاما) الثوب فلا يحتمل الوجوب فى الذمة على الاطلاق بل سلما أو ثمنا مؤجلا (فاما) ما لا يحتمله استقراضا واستهلاكا وثمنا حالا غير مؤجل فامكن تحقيق معنى المجانسة بينهما فى وصف الوجوب فى الذمة على الاطلاق ان لم يكن فى اسم الدراهم فمكن العمل بالاستثناء فى تحقق معناه وهو البيان من وجه ولا مجانسة بين الثياب والدراهم لا فى الاسم ولا فى احتمال الوجوب فى الذمة على الاطلاق فانعدم معنى الاستثناء أصلا فهو الفرق والله تعالى أعلم ولو أقر لانسان بدار واستثنى بناءها لنفسه فالاستثناء باطل لان اسم الدار لا يتناول البناء لغة بل وضع دلالة على العرصة فى اللغة وانما البناء فيها بمنزلة الصفة فلم يكن المستثنى من جنس المستثنى منه فلم يصح الاستثناء وتكون الدار مع البناء للمقر له لانه ان لم يكن اسما عاما لكنه يتناول هذه الاجزاء بطريق التضمن كمن أقر لغيره بخاتم كان له الحلقة والفص لا لانه اسم عام بل هو اسم لمسمى واحد وهو المركب من الحلقة والفص ولكنه يتناوله بطريق التضمن وكذا من أقر بسيف لغيره كان له النصل والجفن والحمائل لما قلنا وكذا من أقر بحجلة كان له العيدان والكسوة بخلاف ما اذا استثنى ربع الدار أو ثلثها أو شيأ منها انه يصح الاستثناء لما بينا ان الدار اسم للعرصة فكان المستثنى من جنس المستثنى منه فصح ولو قال بناء هذه الدار لى والعرصة لفلان صح لان اسم البناء لا يتناول العرصة اذ هى اسم للبقعة والله سبحانه وتعالى أعلم هذا الذى ذكرنا حكم الاستثناء اذا ورد على الجملة الملفوظة فاما اذا ورد الاستثناء على الاستثناء فالاصل فيه ان الاستثناء الداخل على الاستثناء يكون استثناء من المستثنى منه لان المستثنى منه أقرب المذكور اليه فيصرف الاستثناء الثانى اليه ويجعل الباقى منه مستثنى من الجملة الملفوظة وعلى هذا اذا ورد الاستثناء على الاستثناء مرة بعد أخرى وان كثر فالاصل فيه أن يصرف كل استثناء الى ما يليه لكونه أقرب المذكور اليه فيبدأ من الاستثناء الاخير فيستثنى الباقى مما يليه ثم ينظر الى الباقى مما يليه ثم ينظر الى الباقى هكذا الى الاستثناء الاول ثم ينظر الى الباقى منه فيستثنى ذلك من الجملة الملفوظة فما بقى منها فهو القدر المقر به بيان هذه الجملة اذا قال لفلان على عشرة دراهم الا ثلاثة دراهم الا درهما يكون اقرارا بثمانية دراهم لانا صرفنا

الاستثناء الاخير الى ما يليه فبقى درهمان يستثنيهما من العشرة فيبقى ثمانية والاصل فيه قوله سبحانه وتعالى خبرا عن الملائكة قالوا انا أرسلنا الى قوم مجرمين الا آل لوط انا لمنجوهم أجمعين الا امرأته قدرنا انها لمن الغابرين استثنى الله تبارك وتعالى آل لوط من أهل القرية لا من المجرمين لان حقيقة الاستثناء من الجنس وآل لوط لم يكونوا مجرمين ثم استثنى امرأته من آله فبقيت في الغابرين ولو قال لفلان على عشرة دراهم الا خمسة دراهم الا ثلاثة دراهم الا درهما يكون اقرارا بسبعة لانا جعلنا الدرهم مستثنى مما يليه وهى ثلاثة فبقى درهمان استثناهما من خمسة فبقى ثلاثة استثناها من الجملة الملفوظة فبقى سبعة وكذلك لو قال لفلان على عشرة دراهم الا سبعة دراهم الا خمسة دراهم الا ثلاثة دراهم الا درهما يكون اقرارا بستة لما ذكرنا من الاصل وهذا الاصل لا يخطئ في ايراد الاستثناء على الاستثناء وان كثر هذا اذا كان الاصل متصلا بالجملة المذكورة فاما اذا كان منفصلا عنها بان قال لفلان على عشرة دراهم وسكت ثم قال الا درهما لا يصح الاستثناء عند عامة العلماء وعامة الصحابة رضى الله تعالى عنهم الا ما روى عن عبد الله بن عباس رضى الله عنهما انه يصح وبه أخذ بعض الناس ووجهه ان الاستثناء بيان لما ذكرنا فيصح متصلا ومنفصلا كبيان المجمل والتخصيص للعام عندنا وجه قول العامة ان صيغة الاستثناء اذا انفصلت عن الجملة الملفوظة لا تكون كلام استثناء لغة لان العرب ما تكلمت به أصلا ولو اشتغل به أحد يضحك عليه كمن قال لفلان على كذا ثم قال بعد شهر ان شاء الله تعالى لا يعد ذلك تعليقا بالمشيئة حتى لا يصح كذا هذا والرواية عن ابن عباس لا تكاد تصح بخلاف بيان المجمل والعام لانهم يتكلمون بذلك مستعمل عندهم متصلا ومنفصلا على ما عرف في أصول الفقه والله سبحانه وتعالى أعلم وعلى هذا قال أبو حنيفة فيمن قال أنت حر وحر ان شاء الله تعالى انه لا يصح الاستثناء لان تكرير صيغة التحرير لغو فكان في معنى السكتة ولو قال لفلان على كر حنطة وكر شعير الا كر حنطة وقفيز شعير لا يصح استثناء كر الحنطة بالاتفاق لانصراف كر الحنطة الى جنسه فيكون استثناء للكل من الكل فلم يصح وهل يصح استثناء القفيز من الشعير قال أبو حنيفة رحمه الله لا يصح لانه لما لم يصح استثناء كر الحنطة فقد لغا فكانه سكت ثم استثنى قفيز شعير فلم يصح استثناؤه أصلا والله عز وجل أعلم (وأما) الاستدراك فهو في الاصل لا يخلو من أحد وجهين اما أن يكون في القدر واما أن يكون في الصفة فان كان في القدر فهو على ضربين اما أن يكون في الجنس واما أن يكون في خلاف الجنس فنحو أن يقول لفلان على ألف درهم لا بل ألفان فعليه ألفان استحسانا والقياس أن يكون عليه ثلاثة آلاف (وجه) القياس ان قوله لفلان على ألف درهم اقرار بالف وقوله لا رجوع وقوله بل استدراك والرجوع عن الاقرار في حقوق العباد غير صحيح والاستدراك صحيح فاشبه الاستدراك في خلاف الجنس وكما اذا قال لامرأته أنت طالق واحدة لا بل ثنتين أنه يقع ثلاث تطليقات وجه الاستحسان ان الاقرار اخبار والمخبر عنه مما يجرى الغلط في قدره أو وصفه عادة فتقع الحاجة الى استدراك الغلط فيه فيقبل اذا لم يكن متهما فيه وهو غير متهم في الزيادة على المقر به فتقبل منه بخلاف الاستدراك في خلاف الجنس لان الغلط في خلاف الجنس لا يقع عادة فلا تقع الحاجة الى استدراكه وبخلاف مسئلة الطلاق أن قوله أنت طالق انشاء الطلاق لغة وشرعا والانشاء لا يحتمل الغلط حتى لو كان اخبارا بان قال لها كنت طلقتك أمس واحدة لا بل اثنتين لا يقع عليها الا طلاقان والله تعالى أعلم وكذلك اذا قال لفلان على كر حنطة لا بل كران ولو قال لفلان على ألف درهم لا بل الف درهم فعليه الفان لانه متهم في النقصان فلا يصح استدراكه مع ما أن مثل هذا الغلط نادر فلا حاجة الى استدراكه لالتحاقه بالعدم (وأما) في خلاف الجنس كما لو قال لفلان على ألف درهم لا بل مائة دينار أو لفلان على كر حنطة لا بل كر شعير لزمه الكل لما بينا أن مثل هذا الغلط لا يقع الا نادرا والنادر ملحق بالعدم هذا اذا وقع الاستدراك في قدر المقر به (فاما) اذا وقع في صفة المقر به بان قال لفلان على ألف درهم بيض لا بل سود ينظر فيه الى أرفع الصفتين وعليه ذلك لانه غير متهم في زيادة الصفة متهم في النقصان فكان مستدركا في الاول راجعا في الثاني فيصح استدراكه ولا يصح رجوعه كما في الالف

والالفين

والالفين والله سبحانه وتعالى أعلم هذا اذا رجع الاستدراك الى المقر به فاما اذا رجع الى المقر له بان قال هذه الالف لفلان لا بل لفلان وادعاها كل واحد منهما يدفع الى المقر له الاول لانه لما أقر بها للاول صح اقراره له فصار واجب الدفع اليه فقوله لا بل لفلان رجوع عن الاقرار الاول فلا يصح رجوعه فى حق الاول ويصح اقراره بها للثانى فى حق الثانى ثم ان دفعه الى الاول بغير قضاء القاضى يضمن للثانى لان اقراره بها للثانى فى حق الثانى صحيح ان لم يصح فى حق الاول واذا صح صار واجب الدفع اليه فاذا دفعها الى الاول فقد أتلفها عليه فيضمن وان دفعها الى الاول بقضاء القاضى لا يضمن لانه لو ضمن لا يخلو اما أن يضمن بالدفع (واما) أن يضمن بالاقرار لا سبيل الى الاول لانه مجبور فى الدفع من جهة القاضى فيكون كالمكره ولا سبيل الى الثانى لان الاقرار للغير بملك الغير لا يوجب الضمان ولو قال غصبت هذا العبد من فلان لا بل من فلان يدفع الى الاول ويضمن للثانى سواء دفع الى الاول بقضاء أو بغير قضاء بخلاف المسئلة الاولى (ووجه) الفرق أن الغصب سبب لوجوب الضمان فكان الاقرار به اقرارا بوجود سبب وجوب الضمان وهو رد العين عند القدرة وقيمة العين عند العجز وقد عجز عن رد العين الى المقر له الثانى فيلزمه رد قيمته بخلاف المسئلة الاولى لان الاقرار بملك الغير للغير ليس بسبب لوجوب الضمان لانعدام الاتلاف وانما التلف فى تسليم مال الغير الى الغير باختياره على وجه يعجز عن الوصول اليه فلا جرم اذا وجد يجب الضمان وكذلك لو قال هذه الالف لفلان أخذتها من فلان أو أقرضنيها فلان وادعاها كل واحد منهما فهى للمقر له الاول ويضمن للذى أقر أنه أخذ منه أو أقرضه ألفا مثله لان الاخذ والقرض كل واحد منهما سبب لوجوب الضمان فكان الاقرار بهما اقرارا بوجود سبب وجوب الضمان فيرد الالف القائمة الى الاول لصحة اقراره بها له ويضمن للثانى ألفا أخرى ضمانا للاخذ والقرض ولو قال اودعنى فلان هذه الالف لا بل فلان يدفع الى المقر له الاول لما بينا ثم ان دفع اليه بغير قضاء القاضى يضمن للثانى بالاجماع وان دفع بقضاء القاضى فعند أبى يوسف لا يضمن وعند محمد يضمن (وجه) قول محمد رحمه الله ان اقراره بالايداع من الثانى صحيح فى حق الثانى فوجب عليه الحفظ بموجب العقد وقد فوته بالاقرار للاول بل استهلكه فكان مضمونا عليه (وجه) قول أبى يوسف رحمه الله ان فوات الحفظ والهلاك حصل بالدفع الى الاول بالاقرار والدفع بقضاء القاضى لا يوجب الضمان لما بينا ولو قال دفع الى هذه الالف فلان وهى لفلان وادعى كل واحد منهما انها له فهى للدافع لان اقراره بدفع فلان قد صح فصار واجب الرد عليه وهذا يمنع صحة اقراره للثانى فى حق الاول لكن يصح فى حق الثانى ولو قال هذه الالف لفلان دفعها الى فلان فهى للمقر له بالملك ولا يكون للدافع شئ فاذا ادعى الثانى ضمن له ألفا اخرى لما بينا ان الاقرار بها للاول يوجب الرد اليه وهذا يمنع صحة اقراره للثانى فى حق الاول لكنه يصح فى حق الثانى ثم ان دفعه الى الاول بغير قضاء القاضى يضمن وان دفعه بقضاء القاضى فكذلك عند محمد وعند أبى يوسف لا يضمن والحجج من الجانبين على نحو ما ذكرنا ولو قال هذه الالف لفلان ارسل بها الى فلان فانه يردها على الذى أقر انها ملكه وهذا قياس قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى لما قلنا ولا يصح اقراره للثانى عند أبى حنيفة فرق أبو حنيفة عليه الرحمة بين العين والدين بان قال لفلان على ألف درهم قبضتها من فلان فادعاها كل واحد منهما أن عليه لكل واحد منهما الفا (ووجه) الفرق ان المقر به للاول هناك ألف فى الذمة فيلزمه ذلك باقراره له ولزمه ألف اخرى لفلان باقراره بقبضها منه اذ القبض سبب لوجوب الضمان فلزمه الفان وههنا المقر به عين مشار اليها فمتى صح اقراره بها لم يصح للثانى وذكر قول أبى يوسف فى الاصل فى موضعين أحدهما انه لا ضمان عليه للثانى بحال بانتهاء الرسالة بالوصول الى المقر وفى الآخر انه ان دفع بغير قضاء القاضى يضمن فان قال الذى أقر له انها ملكه ليست الالف لى وادعاها الرسول لان اقراره للاول قد ارتد برده وقد أقر باليد للرسول فيؤمر بالرد اليه ولو كان الذى أقر له أنها ملكه غائبا وأراد الرسول أن يأخذها وادعاها لنفسه لم يأخذها كذا روى عن أبى يوسف لان رسالته قد انتهت بالوصول الى المقر ولو أقر الى خياط فقال هذا الثوب أرسله الى فلان لاقطعه قميصا وهو لفلان فهو للذى

أرسله اليه وليس للثانى شئ لانه أقر باليد للمرسل فصار واجب الرد عليه وهذا يمنع صحة اقراره بالملك الثانى كما اذا قال دفع الى هذه الالف فلان وهى لفلان على ما بينا ولو قال الخياط هذا الثوب الذى فى يدى لفلان أرسله الى فلان وكل واحد منهما يدعيه فهو للذى أقر له أول مرة ولا يضمن للثانى شيأ فى قياس قول أبى حنيفة وعند أبى يوسف ومحمد يضمن بناء على أن الاجير المشترك لا ضمان عليه فيما هلك فى يده عنده فاشبه الوديعة وعندهما عليه الضمان فاشبه الغصب والله سبحانه وتعالى العليم

﴿فصل﴾ (وأما) القرينة المبنية على الاطلاق فهى المعينة لبعض ما يحتمله اللفظ بان كان اللفظ يحتمل هذا وذلك قبل وجود القرينة فاذا وجدت القرينة يتعين البعض مرادا باللفظ من غير تغيير أصلا ثم ينظر ان كان اللفظ يحتملهما على السواء يصح بيانه متصلا كان أو منفصلا وان كان لاحدهما ضرب رجحان فى كان الافهام اليه أسبق عند الاطلاق من غير قرينة فان كان منفصلا لا يصح وان كان متصلا يصح اذا لم يتضمن الرجوع وان تضمن معنى الرجوع لا يصح الا بتصديق المقر له وهذا النوع من القرينة أيضا يتنوع ثلاثة أنواع نوع يدخل على أصل المقر به ونوع يدخل على وصف المقر به ونوع يدخل على قدر المقر به (أما) الذى يدخل على أصل المقر به فهو أن يكون المقر به مجهول الذات بأن قال لفلان على شئ أو حق يصح لان جهالة المقر به لا تمنع صحة الاقرار لان الاقرار اخبار عن كائن وذلك قد يكون معلوما وقد يكون مجهولا بأن أتلف على آخر شيأ ليس من ذوات الامثال فوجبت عليه قيمته أو جرح آخر جراحة ليس لها فى الشرع أرش مقدر فأقر بالقيمة والارش فكان الاقرار بالمجهول اخبارا عن المخبر على ما هو به وهو حد الصدق بخلاف الشهادة لان جهالة المشهود به تمنع القضاء بالشهادة لتعذر القضاء بالمجهول بخلاف الاقرار فيصح ويقال له بين لانه المجمل فكان البيان عليه قال الله تبارك وتعالى فاذا قرأناه فاتبع قرآنه ثم ان علينا بيانه ويصح بيانه متصلا ومنفصلا لانه بيان محض فلا يشترط فيه الوصل كبيان المجمل والمشترك لكن لا بد وأن يبين شيأ له قيمة لانه أقر بما فى ذمته وما لا قيمة له لا يثبت فى الذمة ثم اذا بين شيأ له قيمة فالامر لا يخلو من أحد وجهين اما ان صدقه فى ذلك وادعى عليه زيادة واما ان كذبه وادعى عليه مالا آخر فان صدقه فيما بين وادعى عليه زيادة أخذ ذلك القدر المبين وأقام البينة على الزيادة والا حلفه عليها ان أراد لانه منكر للزيادة والقول قول المنكر مع يمينه وان كذبه وادعى عليه مالا آخر أقام بينة على مال آخر والا حلفه عليه وليس له أن يأخذ القدر المبين لانه أبطل اقراره له بالتكذيب وكذلك اذا أقر انه غصب من فلان شيأ ولم يبين يلزمه البيان لما قلنا ولكن لا بد وأن يبين شيأ تمانع فى العادة ويقصد بالغصب لان ما لا تمانع عادة ولا يقصد غصبه نحو كف من تراب أو غيره لا يطلق فيه اسم الغصب وهل يشترط مع ذلك أن يكون مالا متقوما اختلف المشايخ فيه قال مشايخ العراق لا يشترط وقال مشايخنا رحمهم الله تعالى يشترط حتى لو بين انه غصب صبيا حرا أو غصب جلد ميتة أو خمر مسلم يصدق عند الاولين ولا يصدق عند الآخرين حتى يبين شيأ هو مال متقوم (وجه) قول مشايخ العراق ان الحكم الاصلى للغصب وجوب رد المغصوب وهذا لا يقف على كون المغصوب مالا متقوما (وجه) قول مشايخنا ان المغصوب مضمون على الغاصب وله ضمانان أحدهما وجوب رد العين عند القدرة والثانى وجوب قيمتها عند العجز فكان اقراره بغصب شئ اقرارا بغصب ما يحتمل موجبه وهو المال المتقوم ولو بين غصب العقار ذكر القدورى رحمه الله انه يصدق وهذا على قياس قول مشايخ العراق لان العقار وان لم يكن مضمون القيمة بالغصب عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله فهو مضمون الرد بالاتفاق وعند محمد رحمه الله هو مضمون القيمة أيضا فاما على قياس قول مشايخنا على قياس قول محمد يصدق (وأما) على قياس قولهما لا يصدق لانه غير مضمون القيمة بالغصب عندهما والله عز وجل أعلم وعلى هذا اذا قال لفلان على مال يصدق فى القليل والكثير لان المال اسم ما يتمول وذا يقع على القليل والكثير فيصح بيانه متصلا ومنفصلا ولو قال لفلان على الف ولم يبين فالبيان اليه والله تعالى أعلم بالصواب

﴿فصل﴾ وأما الذى يدخل على وصف المقر به فهو أن يكون المقر به معلوم الاصل مجهول الوصف نحو أن يقول غصبت من فلان عبداً أو جارية أو ثوباً من العروض فيصدق فى البيان من جنس ذلك سليماً كان أو معيباً لان الغصب يرد على السليم والمعيب عادة وقد بين الاصل وأجمل الوصف فيرجع فى بيان الوصف اليه فيصح متصلا ومنفصلا ومتى صح بيانه يلزمه الرد ان قدر عليه وان عجز عنه تلزمه القيمة لان المغصوب مضمون على هذا الوجه والقول قوله فى مقدار قيمته مع يمينه لانه منكر للزيادة والقول قول المنكر مع اليمين وكذلك لو أقر انه غصب من فلان داراً وقال هى بالبصرة يصدق لانه أجمل المكان فكان القول فى بيان المكان اليه فيلزمه تسليم الدار اليه ان قدر عليه وان عجز عنه بان خربت أو قال هى هذه الدار التى فى يدى زيد وزيد ينكر فالقول قول المقر عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى الآخر ولا يضمن وعند محمد يضمن قيمة الدار بناء على ان العقار غير مضمون القيمة بالغصب عندهما خلافاً له فاذا أقر بالف درهم وقال هى زيوف أو نبهرجة فهذا فى الاصل لا يخلو من أحد وجهين اما ان أقر بذلك مطلقا من غير بيان الجهة واما ان بين الجهة فان أطلق بان قال لفلان على الف درهم ولم يذكر له جهة أصلا وقال هى زيوف أو نبهرجة فان وصل يصدق وان فصل لا يصدق لان اسم الدراهم اسم جنس يقع على الجياد والزيوف فكان قوله زيوف بيانا للنوع الا أنه يصح موصولا لا مفصولا لانها عند الاطلاق تصرف الى الجياد فكان فصل البيان رجوعا عما أقر به فلا يصح ولو قال لفلان عندى الف درهم وقال هى زيوف أو نبهرجة يصدق وصل أو فصل لان هذا اقرار بالوديعة والوديعة مال محفوظ عند المودع وقد يكون ذلك جيداً وقد يكون زيوفا على حسب ما يودع فيقبل بيانه هذا اذا أطلق ولم يبين الجهة أما اذا بين الجهة بان قال لفلان على الف درهم ثمن مبيع وقال هى زيوف أو نبهرجة فلا يصدق وان وصل وعليه الجياد اذا ادعى المقر له الجياد عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف ومحمد ان وصل يصدق وان فصل لا يصدق (وجه) قولهما ما ذكرنا آنفا ان اسم الدراهم يقع على الزيوف كما يقع على الجياد اذ هو اسم جنس والزيافة عيب فيها واسم كل جنس يقع على السليم والمعيب من ذلك الجنس لانه نوع من الجنس لكن عند الاطلاق ينصرف الى الجياد فيصح بيانه موصولا لوقوعه تعيينا لبعض ما يحتمله اللفظ ولا يصح مفصولا لكونه رجوعا عن الاقرار (وجه) قول أبى حنيفة عليه الرحمة أن قوله هى زيوف بعد النسبة الى ثمن المبيع رجوع عن الاقرار فلا يصح بيانه أن البيع عقد مبادلة فيقتضى سلامة البدلين لان كل واحد من العاقدين لا يرضى الا بالبدل السليم فكان اقراره بكون الدراهم ثمنا اقرارا بصفة السلامة فاخباره عن الزيافة يكون رجوعا فلا يصح كما اذا قال بعتك هذا العبد على أنه معيب لا يصدق وان وصل كذا هذا ولو قال لفلان على ألف درهم قرضا وقال هى زيوف فالجواب فيه كالجواب فى البيع ان وصل يصدق وان فصل لا يصدق بخلاف البيع (وجه) الرواية الاولى أن القرض فى الحقيقة مبادلة المال بالمال كالبيع فكان فى استدعاء صفة السلامة كالبيع (وجه) الرواية الاخرى أن القرض يشبه الغصب لانه يتم بالقبض كالغصب ثم بيان الزيافة مقبول فى الغصب كذا فى القرض و يشبه البيع لانه تمليك مال بمال فلشبهه بالغصب احتمل البيان فى الجملة ولشبهه بالبيع شرطنا الوصل عملا بالشبهين بقدر الامكان ولو قال غصبت من فلان ألف درهم وقال هى زيوف أو نبهرجة يصدق سواء وصل أو فصل وروى عن أبى يوسف أنه لا يصدق اذا فصل والصحيح جواب ظاهر الرواية لان الغصب فى الاجود لا يستدعى صفة السلامة لانه كما يرد على السليم يرد على المعيب على حسب ما يتفق فكان محتملا للبيان متصلا أو منفصلا لانعدام معنى الرجوع فيه ولهذا لو كان المقر به غصب عبد بان قال غصبت من فلان عبدا ثم قال غصبته وهو معيب يصدق وان فصل كذا هذا ولو قال اودعنى فلان ألف درهم وقال هى زيوف يصدق بلا خلاف فصل أو وصل لان الايداع استحفاظ المال وكما يستحفظ السليم يستحفظ المعيب فكان الاخبار عن الزيافة بيانا محضا فلا يشترط لصحته الوصل لانعدام تضمن معنى الرجوع وأبو يوسف رحمه الله على ما روى عنه فرق بين الوديعة وبين الغصب حيث صدقه فى الوديعة موصولا كان البيان أو مفصولا ولم يصدقه

فى الغصب الا موصولا (ووجه) الفرق له أن ضمان الغصب ضمان مبادلة اذ المضمونات تملك عند أداء الضمان فاشبه
ضمان المبيع وهو الثمن وفى باب البيع لا يصدق اذا فصل عنده كذا فى الغصب (فاما) الواجب فى باب الوديعة فهو
الحفظ والمعيب فى احتمال الحفظ كالسليم فهو الفرق له والله أعلم بالصواب هذا اذا أقر بالدراهم وقال هى زيوف أو نبهرجة
فاما اذا أقر بها وقال هى ستوقة أو رصاص ففى الوديعة والغصب يصدق ان وصل وان فصل لا يصدق لان الستوق
والرصاص ليسا من جنس الدراهم الا أنه يسمى بها مجازا فكان الاخبار عن ذلك بيانا مغيرا فيصح موصولا لا مفصولا
كالاستثناء (وأما) فى البيع اذا قال ابتعت بالف ستوقة أو رصاص فلا يصدق عند أبى حنيفة فصل أو وصل
وهذا لا يشكل عنده لانه لو قال ابتعت بالف زيوف لا يصدق عنده وصل أو فصل فههنا أولى وعند أبى يوسف
يصدق ولكن يفسد البيع أما التصديق فلان قوله ستوقة أو رصاص خرج بيانا لوصف الثمن فيصح كما اذا قال
بالف بيض أو بالف سود (وأما) فساد البيع فلان تسمية الستوقة فى البيع يوجب فساده كتسمية العروض وروى
عن أبى يوسف فيمن قال لفلان على ألف درهم بيض زيوف أو وضح زيوف أنه يصدق اذا وصل ولو قال لفلان على
ألف درهم جياد زيوف أو نقد بيت المال زيوف لا يصدق والفرق ظاهر لان البياض يحتمل الجودة والزيافة اذ
البيض قد تكون جيادا وقد تكون زيوفا فاحتمل البيان بخلاف قوله جياد لان الجودة لا تحتمل الزيافة لتضاد بين
الصفتين فلا يصدق أصلا وعلى هذا اذا أقر بالف ثمن عبد اشتراه لم يقبضه فهذا لا يخلو من أحد وجهين اما ان ذكر
عبدا معينا مشارا اليه بان قال ثمن هذا العبد واما ان ذكر عبدا من غير تعيين بان قال لفلان على ألف درهم ثمن عبد
اشتريته منه ولم اقبضه فان ذكر عبدا بعينه فان صدقه فى البيع يقال للمقر له ان شئت أن تأخذ الالف فسلم العبد والا
فلا شىء لك لان المقر به ثمن المبيع وقد ثبت البيع بتصادقهما والبيع يقتضى تسليما بازاء تسليم وان كذبه فى البيع وقال
ما بعت منك شيأ والعبد عبدى ولى عليك الف درهم بسبب آخر فالعبد للمقر له لانه يدعى عليه البيع وهو ينكر ولا
شىء له على المقر من الثمن لان المقر به ثمن المبيع لا غيره ولم يثبت البيع فان ذكر عبدا بغير عينه فعليه الالف عند أبى
حنيفة ولا يصدق فى عدم القبض سواء وصل أم فصل صدقه المقر له فى البيع أو كذبه وكان أبو يوسف أولا يقول
ان وصل يصدق وان فصل لا يصدق ثم رجع وقال يسئل المقر له عن الجهة فان صدقه فيها لكن كذبه فى القبض كان
القول قول المقر سواء وصل أو فصل وان كذبه فى البيع وادعى عليه الفا أخرى ان وصل يصدق وان فصل
لا يصدق وهو قول محمد (وجه) قوله الاول ان المقر به ثمن المبيع والمبيع قد يكون مقبوضا وقد لا يكون الا أن الغالب
هو القبض فكان قوله لم أقبضه بيانا فيه معنى التغيير من حيث الظاهر فيصدق بشرط الوصل كالاستثناء (وجه) قوله
الآخر وهو قول محمد ان القبض بعد ثبوت الجهة بتصادقهما يحتمل الوجود والعدم لان القبض لا يلزم فى البيع
فكان قوله لم أقبضه تعيينا لبعض ما يحتمله كلامه فكان بيانا محضا فلا يشترط له الوصل لبيان المجمل والمشترك واذا
كذبه يشترط الوصل لانه لو اقتصر على قوله لفلان على الف درهم لوجب عليه التسليم للحال فاذا قال ثمن عبد لم أقبضه
لا يجب عليه التسليم الا بتسليم العبد فكان بيانا فيه معنى التغيير فلا يصح الا بشرط الوصل كالاستثناء (ووجه)
قول أبى حنيفة رحمه الله ان قوله لم أقبضه رجوع عن الاقرار فلا يصح بيانه ان قوله لفلان على الف درهم اقرار بولاية
المطالبة للمقر له بالالف ولا تثبت ولاية المطالبة الا بقبض المبيع فكان الاقرار به اقرارا بقبض المبيع فقوله لم أقبضه
يكون رجوعا عما أقر به فلا يصح ولو قال لفلان على الف درهم ثمن خمر أو خنزير فعليه الف ولا يقبل تفسيره عند أبى
حنيفة وعند أبى يوسف ومحمد لا يلزمه شىء (وجه) قولهما ان المقر به مما لا يحتمل الوجوب فى ذمة المسلم لانه ثمن
خمر أو خنزير وذمة المسلم لا تحتمله فلا يصح اقراره أصلا (وجه) قول أبى حنيفة رحمه الله ان قوله لفلان على الف درهم
اقرار بالف واجب فى ذمته وقوله ثمن خمر أو خنزير ابطال لما أقر به لان ذمة المسلم لا تحتمل ثمن الخمر والخنزير فكان
رجوعا فلا يصح ولو قال اشتريت من فلان عبدا بالف درهم لكنى لم أقبضه يصدق وصل أو فصل لان الشراء قد

يتصل به القبض وقد لا يتصل فكان قوله لم أقبض بيانا محضا فيصح متصلا أو منفصلا ولو قال أقرضني فلان ألف درهم ولم أقبض انما طلبت اليه القبض فأقرضني ولم أقبض ان وصل يصدق وان فصل لا يصدق وهذا استحسان والقياس أن يصدق وصل أو فصل (وجه) القياس ان المقر به هو القرض وهو اسم للعقد لا للقبض فلا يكون الاقرار به اقرارا بالقبض كما لا يكون الاقرار بالبيع اقرارا بالقبض (وجه) الاستحسان ان تمام القرض بالقبض كما ان تمام الايجاب بالقبول فكان الاقرار به اقرارا بالقبض ظاهرا لكن يحتمل الانفصال في الحكم فكان قوله لم أقبض بيانا معنى فلا يصح الا بشرط الوصل كالاستثناء والاستدراك وكذلك لو قال أعطيتني الف درهم أو أودعتني أو أسلفتني أو أسلمت الى وقال لم أقبض لا يصدق ان فصل وان وصل يصدق لان الاعطاء والايداع والاسلاف يستدعي القبض حقيقة خصوصا عند الاضافة فلا يصح منفصلا لكن يحتمل العدم في الجملة فيصح متصلا ولو قال بعتني دارك أو آجرتني أو أعرتني أو وهبتني أو تصدقت علي وقال لم أقبض يصدق وصل أم فصل أما البيع والاجارة والاعارة لان القبض ليس بشرط لصحة هذه التصرفات فلا يكون الاقرار بها اقرارا بالقبض وأما الهبة والصدقة فلان الهبة اسم للركن وهو التمليك وكذلك الصدقة وانما القبض فيهما شرط الحكم ولهذا لو حلف لا يهب ولا يتصدق ففعل ولم يقبض الموهوب له والمتصدق عليه يحنث ولو قال نقدتني الف درهم أو دفعت الى الف درهم وقال لم أقبض ان فصل لا يصدق بالاجماع وان وصل لا يصدق عند أبي يوسف وعند محمد يصدق وجه قوله ان النقد والدفع يقتضي القبض حقيقة بمنزلة الاداء والتسليم والاعطاء والاسلام ويحتمل الانفصال في الجملة فيصح بشريطة الوصل كما في هذه الاشياء (وجه) قول أبي يوسف ان القبض من لوازم هذين الفعلين أعني النقد والدفع خصوصا عند صريح الاضافة والاقرار باحد المتلازمين اقرار بالآخر فقوله لم أقبض يكون رجوعا عما أقر به فلا يصح وعلى هذا اذا قال لرجل أخذت منك الف درهم وديعة فهلكت عندي فقال الرجل لا بل أخذتها غصبا لا يصدق فيه المقر والقول قول المقر له مع يمينه والمقر ضامن ولو قال المقر له لا بل أقرضتك فالقول قول المقر مع يمينه (ووجه) الفرق ان أخذ مال الغير سبب لوجوب الضمان في الاصل لقول النبي عليه الصلاة والسلام على اليد ما أخذت حتى ترد فكان الاقرار بالاخذ اقرارا بسبب الوجوب فدعوى الاذن تكون دعوى البراءة عن الضمان وصاحبه ينكر فكان القول قوله مع يمينه بخلاف قوله أقرضتك لان اقراره بالقبض اقرار بالاخذ بالاذن فتصادقا على ان الاخذ كان باذن والاخذ باذن لا يكون سببا لوجوب الضمان في الاصل فكان دعوى الاقراض دعوى الاخذ بجهة الضمان فلا يصدق الا ببينة ولو قال أودعتني الف درهم أو دفعت الى الف درهم وديعة أو أعطيتني الف درهم وديعة فهلكت عندي وقال المقر له لا بل غصبتها مني كان القول قول المقر مع يمينه لانه ما أقر بسبب وجوب الضمان اذ المقر به هو الايداع والاعطاء وانهما ليسا من اسباب الضمان ولو قال له اعرتني ثوبك او دابتك فهلكت عندي وقال المقر له غصبت مني نظر في ذلك ان هلك قبل اللبس أو الركوب فلا ضمان عليه لان المقر به الاعارة وانها ليست بسبب لوجوب الضمان وان هلك بعد اللبس والركوب فعليه الضمان لان لبس ثوب الغير وركوب دابة الغير سبب لوجوب الضمان في الاصل فكان دعوى الاذن دعوى البراءة عن الضمان فلا يثبت الا بحجة وكذلك اذا قال له دفعت الى الف درهم مضاربة فهلكت عندي فقال المقر له بل غصبتها مني انه ان هلك قبل التصرف فلا ضمان عليه وان هلك بعده يضمن لما قلنا في الاعارة ولو أقر بألف درهم مؤجلة بأن قال لفلان علي الف درهم الى شهر وقال المقر له لا بل هي حالة فالقول قول المقر له لان هذا اقرار على نفسه ودعوى الاجل على الغير فاقراره مقبول ولا تقبل دعواه الا بحجة ويحلف المقر له على الاجل لانه منكر للاجل والقول قول المنكر مع اليمين وهذا بخلاف ما اذا أقر وقال كفلت لفلان بعشرة دراهم الى شهر وقال المقر له لا بل كفلت بها حالة ان القول قول المقر عند أبي حنيفة ومحمد لان الظاهر شاهد للمقر لان الكفالة تكون مؤجلة عادة بخلاف الدين والله تعالى أعلم وعلى هذا اذا أقر انه اقتضى من فلان الف درهم كانت له عليه وأنكر المقر

له ان يكون له عليه شئ وقال هومالى قبضته منى فالقول قوله مع يمينه ويؤمر بالرد اليه لان الاقرار بالاقتضاء اقرار بالقبض والقبض سبب لوجوب الضمان فى الاصل بالنص فكان الاقرار بالقبض اقراراً بوجود سبب وجوب الضمان منه فهو بدعوة القبض بجهة الاقتضاء يدعى براءته عن الضمان وصاحبه ينكر فيكون القول قوله مع يمينه وكذلك اذا أقر انه قبض منه الف درهم كانت عنده وديعة وأنكر المقر له فالقول قول المقر له لما قلنا ولو قال أسكنت فلانا بيتى ثم أخرجته وادعى الساكن انه له فالقول قول المقر عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف ومحمد القول قول الساكن مع يمينه ولو قال أعرته دابتى ثم أخذتها منه وقال صاحبه هى لى فهو على هذا الاختلاف (وجه) قولهما ان قوله أسكنته دارى ثم أخرجته وأعرته دابتى ثم أخذتها منه اقرار منه باليد لهما ثم الاخذ منهما فيؤمر بالرد عليهما لقوله عليه الصلاة والسلام على اليد ما أخذت حتى ترد ولهذا لو غاب فسكن الدار فزعم المقر انه أعارهما(١) منه لم يقبل قوله فكذا اذا أقر وجه قول أبى حنيفة ان المقر به ليس هو اليد المطلقة بل اليد بجهة الاعارة والسكنى وهذا لان اليد لهما ما عرفت الا باقراره فبقيت على الوجه الذى أقر به فيرجع فى بيان كيفية اليد اليه ولو أقر فقال ان فلانا الخياط خاط قميصى بدرهم وقبضت منه القميص وادعى الخياط انه له فهو على هذا الاختلاف الذى ذكرنا ولو قال خاط لى هذا القميص ولم يقل قبضه منه لم يؤمر بالرد عليه بالاجماع لانه اذا لم يقل قبضه منه لم يوجد منه الاقرار باليد للخياط لجواز انه خاطه فى بيته فلم تثبت يده عليه فلا يجبر على الرد هذا اذا لم يكن الدار والثوب معروفا له فان كان معروفا للمقر فالقول قوله بالاجماع لانه اذا لم يكن معروفا له كان قول صاحبه هو لى منه دعوى التملك فلا تسمع منه الا ببينة ولو أقر ان فلانا ساكن فى هذا البيت والبيت لى وادعى ذلك الرجل البيت فهو له وعلى المقر البينة لان الاقرار بالسكنى اقرار باليد فصار هو صاحب يد فلا يثبت الملك للمدعى الا ببينة ولو أقر ان فلانا زرع هذه الارض أو بنى هذه الدار أو غرس هذا الكرم وذلك فى يدى المقر وادعى المقر له انه له فالقول قول المقر لان الاقرار بالزرع والغرس والبناء لا يكون اقرارا باليد لجواز وجودها فى يد الغير فلا يؤمر بالرد اليه والله تعالى أعلم وعلى هذا ان من أعتق عبده ثم أقر المولى انه أخذ منه هذا الشئ فى حال الرق وهو قائم بعينه وقال العبد لا بل أخذته بعد العتق فالقول قول العبد ويؤمر بالرد اليه بالاجماع لان قول العبد يقتضى وجوب الرد وقول المولى لا ينفى الوجوب بل يقتضيه لان الاخذ فى الاصل سبب لوجوب ضمان الرد والاضافة الى حال الرق لا تنفى الوجوب فان المولى اذا أخذ كسب عبده المأذون المديون يلزمه الرد اليه ولو أقر بالاتلاف بان قال أتلفت عليك مالا وأنت عبدى وقال العبد لا بل أتلفته وأنا حر فالقول قول العبد عند أبى حنيفة وأبى يوسف وعند محمد القول قول المولى وعلى هذا الاختلاف اذا قال المولى قطعت يدك قبل العتق وقال العبد لا بل قطعتها بعد العتق ولو تنازعا فى الضريبة فقال المولى أخذت منك ضريبة كل شهر كذا وهى ضريبة مثله وقال العبد لا بل كان بعد العتق فالقول قول المولى بالاتفاق وكذلك لو ادعى المولى وطء الامة قبل العتق وادعت الامة بعد العتق فالقول قول المولى بالاجماع (وجه) قول محمد وزفر رحمهم الله ان المولى ينكر وجوب الضمان فكان القول قوله وهذا لانه أضاف الضمان الى حال الرق حيث قال أتلفت وهو رقيق والرق ينافى الضمان اذ المولى لا يجب عليه لعبده ضمان فكان منكرا وجوب الضمان والعبد بقوله أتلفت بعد العتق يدعى وجوب الضمان عليه وهو ينكر فكان القول قوله ولهذا كان القول قوله فى الغلة والوطء كذا هذا (وجه) قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى ان اعتبار قول العبد يوجب الضمان على المولى لان اتلاف مال الحر يوجب الضمان واعتبار قول المولى لا ينفى الوجوب لانه أقر بالاخذ والاخذ فى الاصل سبب لوجوب الضمان والاضافة الى حال الرق لا تنفى الوجوب فان اتلاف كسب العبد المأذون المديون ديناً مستغرقا للرقبة والكسب موجب للضمان فاذا وجد الموجب وانعدم المانع بقى خبره واجب القبول بخلاف الوطء والغلة لان وطء الرقيقة لا يوجب الضمان أصلا وكذلك أخذ ضريبة العبد وهى الغلة لا يوجب الضمان على المولى فان المولى اذا أخذ ضريبة العبد وعليه دين مستغرق ليس للغرماء حق الاسترداد على ما مر فى كتاب المأذون فكان المولى بقوله كان

(١) أجرهما

قبل العتق منكرا وجوب الضمان فكان القول قوله مع ما ان الظاهر شاهد للمولى لان الاصل فى الوطء ان لا يكون سببا لوجوب الضمان لانه اتلاف منافع البضع والاصل فى المنافع ان لا تكون مضمونة بالاتلاف فترجح خبر المولى بشهادة الاصل له فكان أولى بالقبول كما فى الاخبار عن طهارة الماء ونجاسته فاما الاصل فى أخذ المال ان يكون سببا لوجوب الضمان فكان الظاهر شاهدا للعبد وكذلك الغلة لانها بدل المنفعة والمنافع فى الاصل غير مضمونة والله سبحانه وتعالى أعلم وعلى هذا اذا استأمن الحربى أو صار ذمة فقال له رجل مسلم أخذت منك ألف درهم وأنت حربى فى دار الحرب فقال له المقر لا بل أخذته وأنا مستأمن أو ذمى فى دار الاسلام والالف قائمة بعينها فالقول قول المقر له ويؤمر بالرد اليه بالاجماع ولو قال أخذت منك الفا فاستهلكتها وأنت حربى فى دار الحرب أو قال قطعت يدك وقال المقر له لا بل فعلت وأنا مستأمن أو ذمى فى دار الاسلام فالقول قول المقر له ويضمن له المقر ما قطع وأتلف عند أبى حنيفة وأبى يوسف وعند محمد وزفر رحمهم الله لا يضمن شيئا (وجه) قول محمد وزفر ان المولى منكر وجوب الضمان لاضافة الفعل الى حالة منافية للوجوب وهى حالة الحراب والقول قول المنكر (وجه) قول أبى حنيفة وأبى يوسف ان الظاهر شاهد للعبد اذ العصمة أصل فى النفوس والسقوط بعارض المسقط فالقول قول من يشهد له الاصل وعلى هذا اذا قال لفلان على ألف درهم ولم يذكر الوزن يلزمه الالف وزنا لا عددا لان الدراهم فى الاصل موزونة الا اذا كان الاقرار فى بلدة دراهمها عددية فينصرف الى العدد المتعارف وكذلك اذا ذكر العدد بان قال لفلان على ألف درهم عددا يلزمه ألف درهم وزنا ويلغو ذكر العدد ويقع على ما يتعارفه أهل البلد من الوزن وهو فى ديارنا وخراسان والعراق وزن سبعة وهو الذى يكون كل عشرة منها سبعة مثاقيل فان كان الاقرار فى هذه البلاد يلزمه بهذا الوزن وان كان الاقرار فى بلد يتعاملون فيه بدراهم وزنها ينقص عن وزن سبعة مثاقيل يقع اقراره على ذلك الوزن لانصراف مطلق الكلام الى المتعارف حتى لو ادعى وزنا أقل من وزن بلده يصدق لانه يكون رجوعا ولو كان فى البلد أوزان مختلفة يعتبر فيه الغالب كما فى نقد البلد فان استوت يحمل على الاقل منها لان الاقل متيقن به والزيادة مشكوك فيها والوجوب فى الذمة أولم يكن والوجوب فى أقله لم يكن فى وقع الشك فى ثبوته فلا يثبت مع الشك ولو سمى زيادة على وزن البلد أو أنقص منه بان قال لفلان على ألف درهم وزن خمسة ان كان موصولا يقبل والا فلا لان اسم الدراهم يحتمله لكنه خلاف الظاهر فاحتمل البيان الموصول ولا يصدق اذا فصل لانصراف الافهام عند الاطلاق الى وزن البلد فكان الاخبار عن غيره رجوعا فلا يصح وكذلك اذا قال لفلان على ألف درهم مثاقيل يلزمه ذلك لانه زاد على الوزن المعروف وهو غير متهم فى الاقرار على نفسه بالزيادة فيقبل منه ولو أقر وهو ببغداد فقال لفلان على ألف درهم طبرية يلزمه ألف درهم طبرية لكن بوزن سبعة لان قوله طبرية خرج وصفا للدراهم أى دراهم منسوبة الى طبرستان فلا يوجب تغيير وزن البلد وكذلك اذا قال لفلان على كرحنطة موصلية والمقر ببغداد يلزمه كرحنطة موصلية لكن بكيل بغداد لما قلنا ولو قال لفلان على دينار شامى أو كوفى فعليه ان يعطيه دينارا واحدا وزنه مثقال ولا يجوز ان يعطيه دينارين وزنهما جميعا مثقال بخلاف الدراهم انه اذا أعطاه درهمين صغيرين مكان درهم واحد كبير انه يجبر على القبول كذا ذكر فى الكتاب وكان فى عرفهم ان الدينار اذا كان ناقص الوزن يكون ناقص القيمة فكان نقصان الوزن فيه وضيعة كذلك اعتبر الوزن والعدد جميعا وفى الدراهم بخلاف فاما فى عرف ديارنا فالعبرة للوزن فسواء أعطاه دينارا واحدا أو دينارين يجبر على القبول بعد ان يكون وزنهما مثقالا وكذلك لو قال لفلان على قفيز حنطة فهو بقفيز البلد وكذلك الاوقار والامنان لما قلنا فى الدراهم والله سبحانه وتعالى أعلم وأما الذى يدخل على قدر المقر به فهو ان يكون المقر به مجهول القدر وانه فى الاصل لا يخلو من احد وجهين اما ان يذكر عددا واحدا واما ان يجمع بين عددين فالاول نحو ان يقول لفلان على دراهم أو دنانير لا يصدق فى أقل من ثلاثة لان الثلاثة أقل الجمع الصحيح فكان ثابتا بيقين وفى الزيادة عليها شك وحكم الاقرار لا يلزم بالشك ولو قال لفلان على دراهم

أودنينير فعليه درهم تام ودينار كامل لان التصغير له قد يذكر لصغر الجحم وقد يذكر لاستحقار الدرهم واستقلاله وقد يذكر لنقصان الوزن فلا ينتقص عن الوزن بالشك وروى عن أبي يوسف فيمن قال لفلان على شيء من دراهم أوشيء من الدراهم ان عليه ثلاثة دراهم لانه أجمل الشيء وفسره بدراهم أي الشيء الذي هو دراهم كما في قوله تبارك وتعالى فاجتنبوا الرجس من الاوثان أي الرجس التي هي أوثان والله سبحانه وتعالى أعلم ولو قال لفلان على دراهم مضاعفة لا يصدق في أقل من ستة لان أقل الجمع الصحيح للدراهم ثلاثة وأقل التضعيف مرة واحدة فاذا ضعفنا الثلاثة مرة تصير ستة ولو قال لفلان على دراهم أضعافا مضاعفة لا يصدق في أقل من ثمانية عشر لما بينا ان الدراهم المضاعفة ستة وأقل اضعاف الستة ثلاث مرات فذلك ثمانية عشر ولو قال لفلان على عشرة دراهم واضعافها مضاعفة لا يصدق في أقل من ثمانين لانه ذكر عشرة دراهم وضاعف عليها اضعافها مضاعفة وأقل اضعاف العشرة ثلاثون فذلك أربعون وأقل تضعيف الاربعين مرة فذلك ثمانون وروى عن محمد فيمن قال لفلان على غير الف ان عليه الفين ولو قال غير الفين عليه أربعة آلاف لان غير من أسماء الاضافة فيقتضى ما يغايره لاستحالة مغايرة الشيء نفسه فاقتضى الفا تغاير الالف الذي عليه فصار معناه لفلان على غير الف أي غير هذا الالف الف آخر فكان اقرارا بالفين وكذا هذا الاعتبار في قوله غير الفين ويحتمل ان يكون قوله غير الف أي مثل الف لان المغايرة من لوازم المماثلة لاستحالة كون الشيء مماثلا لنفسه ولهذا قيل في حدها غيران ينوب كل واحد منهما مناب صاحبه ويسد مسده والملازمة بين شيئين طريق الكتابة فصحت الكتابة عن المماثلة بالمغايرة فاذا قال لفلان على غير الف درهم فكانه قال مثل الف ومثل الالف الف مثله فكان اقرارا بالفين وكذا هذا الاعتبار في قوله غير الفين ولو قال على زهاء الف أو عظم الف أو جل الف فعليه خمسمائة وشيء لان هذه عبارات عن أكثر هذا القدر في العرف وكذا اذا قال قريب من الف لان خمسمائة وشيأ أقرب الى الالف من خمسمائة ولو قال لفلان على دراهم كثيرة لا يصدق في أقل من عشرة دراهم عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد رحمهم الله لا يصدق في أقل من مائتي درهم (وجه) قولهما ان المقر به دراهم كثيرة ومادون المائتين في حد القلة ولهذا لم يعتبر مادونه نصاب الزكاة (وجه) قول أبي حنيفة رضي الله عنه انه جعل الكثرة صفة للدراهم وأكثر ما يستعمل فيه اسم الدراهم العشرة ألا ترى انه اذا زاد على العشرة يقال أحد عشر درهما واثني عشر درهما هكذا ولا يقال دراهم فكانت العشرة أكثر ما يستعمل فيه اسم الدراهم فلا تلزمه الزيادة عليها ولو قال لفلان على مال عظيم أو كثير لا يصدق في أقل من مائتي درهم في المشهور وروى عن أبي حنيفة رحمه الله ان عليه عشرة (وجه) ماروى عنه انه وصف المال بالعظم والعشرة لها عظم في الشرع ألا ترى انه علق قطع اليد بها في باب السرقة وقدر بها بدل البضع وهو المهر في باب النكاح (وجه) القول المشهور ان العشرة لا تستعظم في العرف وانما يستعظم النصاب ولهذا استعظمه الشرع حيث علق وجوب المعظم وهو الزكاة به فكان هذا أقل ما استعظمه الشرع عرفا فلا يصدق في أقل من ذلك وقيل ان كان الرجل غنيا يقع على ما يستعظم عند الاغنياء وان كان فقيرا يقع على ما يستعظم عند الفقراء ولو قال على أموال عظام فعليه ستمائة درهم لان عظام جمع عظيم وأقل الجمع الصحيح ثلاثة وهذا على المشهور من الروايات فاما على ماروى عن أبي حنيفة رضي الله عنه فيقع على ثلاثين درهما ولو قال غصبت فلانا ابلا كثيرة فهو على خمس وعشرين لانه وصف بالكثرة ولا تكثر الا اذا بلغت نصابا تجب الزكاة فيها في جنسها وأقل ذلك خمس وعشرون ولو قال لفلان على حنطة كثيرة فعند أبي حنيفة رحمه الله البيان اليه وعندهما لا يصدق في أقل من خمسة أوسق بناء على ان النصاب في باب العشر ليس بشرط عند أبي حنيفة وعندهما شرط ولو قال لفلان على ما بين مائة الى مائتين أو من مائة الى مائتين فعليه مائة وتسعة وتسعون عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد عليه مائتان وعند زفر عليه تسعة وتسعون وكذلك اذا قال لفلان على ما بين درهم الى عشرة أو من درهم الى عشرة فعليه تسعة دراهم عند أبي حنيفة وعندهما

عليه عشرة وعند زفر عليه ثمانية ولو قال ما بين هذين الحائطين لفلان لم يدخل الحائطان فى اقراره بالاجماع وكذلك لو وضع بين يديه عشرة مرتبة فقال ما بين هذا الدرهم الى هذا الدرهم وأشار الى الدرهين لفلان لم يدخل الدرهمان تحت اقراره بالاتفاق والاصل فيه ان الغايتان لا يدخلان وعندهما يدخلان وعند أبى حنيفة يدخل الاول دون الآخر وجه قول زفر ان المقر به ما ضربت به الغاية لا الغاية فلا تدخل الغاية تحت ما ضربت له الغاية وهنا لم يدخل فى باب البيع (وجه) قولهما انه لما جعلهما غايتين فلا بد من وجودهما ومن ضرورة وجودهما لزومهما (وجه) قول أبى حنيفة الرجوع الى العرف والعادة فان من تكلم بمثل هذا الكلام يريد به دخول الغاية الاولى دون الثانية ألا ترى انه اذا قيل سن فلان ما بين تسعين الى مائة لا يراد به دخول المائة كذا ههنا ولو قال لفلان على ما بين كر شعير الى كر حنطة فعليه كر شعير وكر حنطة الا قفيزا على قياس قول أبى حنيفة وعندهما عليه كران ولو قال لفلان على من درهم الى عشرة دنانير أو من دينار الى عشرة دراهم فعند أبى حنيفة رحمه الله عليه أربعة دنانير وخمسة دراهم تجعل الغاية الاخيرة من أفضلهما وعندهما عليه خمسة دنانير وخمسة دراهم وعند زفر عليه من كل جنس أربعة ولو قال له على من عشرة دراهم الى عشرة دنانير عليه عشرة دراهم وتسعة دنانير عند أبى حنيفة رحمه الله وكذلك لو قال له على من عشرة دنانير الى عشرة دراهم قدم أو أخر وعندهما عليه الكل وكذلك هذا الاختلاف فى الوصية والطلاق ولو قال لفلان على خمسة دراهم فى خمسة دراهم ونوى الضرب والحساب فعليه خمسة وقال زفر عليه خمسة وعشرون (وجه) قوله ان خمسة فى خمسة على طريق الضرب والحساب خمسة وعشرون فيلزمه ذلك (ولنا) ان الشئ لا يتكثر فى نفسه بالضرب وانما يتكثر باجزائه فخمسة فى خمسة له خمسة أجزاء فيلزمه ذلك بالاقرار وان نوى به خمسة مع خمسة فعليه عشرة لان فى تحتمل مع لمناسبة بينهما فى معنى الاتصال ولو أقر بتمر فى قوصرة فعليه التمر والقوصرة جميعاً وكذلك اذا قال غصبت من فلان ثوبا فى منديل يلزمه الثوب والمنديل وهذا عندنا وعند الشافعى رحمه الله لا يلزمه الظرف ولو أقر بدابة فى اصطبل لا يلزمه الاصطبل بالاجماع (وجه) قول الشافعى رحمه الله ان الداخل تحت الاقرار التمر والثوب لا القوصرة والمنديل لما ذكرنا ان ذلك ظرف فالاقرار بشئ فى ظرفه لا يكون اقراراً به وبظرفه كالاقرار بدابة فى الاصطبل وبنخلة فى البستان انه لا يكون اقراراً بالاصطبل والبستان (ولنا) أن الاقرار بالتمر فى قوصرة اقرار بوجود سبب وجوب الضمان فيهما وكذلك الاقرار بغصب الثوب فى منديل لان الثوب يغصب مع المنديل الملفوف فيه عادة وكذلك التمر مع القوصرة واما غصب الدابة مع الاصطبل فغير معتاد مع ما ان العقار لا يحتمل الغصب عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله ولو قال لفلان على ثوب فى ثوب فعليه ثوبان لما قلنا ولو قال ثوب فى عشرة أثواب فليس عليه الا ثوب واحد عند أبى يوسف وعند محمد رحمه الله عليه احد عشر ثوبا (وجه) قول محمد رحمه الله انه جعل عشرة أثواب ظرفا للثوب الواحد وذلك محتمل بان يكون فى وسط العشرة فاشبه الاقرار بثوب فى منديل أو فى ثوب (وجه) قول أبى يوسف ان ما ذكره محمد ممكن لكنه غير معتاد ومطلق الكلام للمعتاد هذا اذا ذكر عددا واحدا مجملا فان ذكر عددا واحدا معلوما لكن أضافه الى صنفين بان قال لفلان على مائة مثقال ذهب وفضه أو كرا حنطة وشعير فله من كل واحد منهما النصف وكذلك لو سمى أجناساً ثلاثة فعليه من كل واحد الثلث وكذلك لو تزوج على ذلك لانه ذكر عددا واحدا وأضافه الى عددين من غير بيان حصة كل واحد منهما فتكون حصة كل واحد منهما على السواء كما اذا أضافه الى شخص واحد بان أقر بمائتى درهم لرجلين فان لكل واحد منهما النصف كذا هذا ولو قال استودعنى ثلاثة أثواب زطى ويهودى فالقول قول المقر ان شاء جعل زطيين ويهوديا وان شاء جعل يهوديين وزطيا لانه جعل الاثواب الثلاثة من جنس الزطى واليهودى فيكون زطى ويهودى مرادا بيقين فكان البيان فى الآخر اليه لتعذر اعتبار المساواة فيه ولو قال استودعنى عشرة أثواب هروية ومروية كان من كل صنف النصف لان اعتبار المساواة ههنا ممكن وأما اذا جمع بين عددين فلا يخلو اما أن جمع بين عددين مجملين واما ان أجمل

أحدهما و بين الآخر فان جمع بين عددين مجملين بان قال لفلان على كذا كذا درهما لا يصدق فى أقل من أحد عشر درهما لانه جمع بين عددين مبهمين وجعلهما اسما واحدا من غير حرف الجمع وذلك يحتمل أحد عشر واثنى عشر هكذا الى تسعة عشر الا ان أقل عدد يعبر عنه بهذه الصيغة أحد عشر فيحمل عليه لكونه متيقنا به و يلزمه احد عشر درهما لانه فسر هذا العدد بالدراهم لا بغيرها ولو قال لفلان على كذا وكذا درهما لا يصدق فى أقل من احدى وعشرين درهما لانه جمع بين عددين مبهمين بحرف الجمع وجعلهما اسما واحدا وأقل ذلك احدى وعشرون وأما اذا أجمل أحدهما و بين الآخر فنحو ان يقول لفلان على عشرة دراهم ونيف فعليه عشرة والقول قوله فى النيف من درهم أو أكثر أو أقل لانه عبارة عن مطلق الزيادة ولو قال لفلان على بضع وخمسون درهما لا يصدق فى بيان البضع فى أقل من ثلاثة دراهم لان البضع فى اللغة اسم لقطعة من العدد وفى عرف اللغة يستعمل فى الثلاثة الى التسعة فيحمل على أقل المتعارف لانه متيقن به ولو قال لفلان على عشرة دراهم ودانق أو قيراط فالدانق والقيراط من الدراهم لانه عبارة عن جزء من الدراهم كأنه قال لفلان على عشرة وسدس ولو قال لفلان على مائة ودرهم فالمائة دراهم ولو قال مائة ودينار فالمائة دنانير و يكون المعطوف عليه من جنس المعطوف وهذا استحسان والقياس ان يلزمه درهم والقول قوله فى المائة (وجه) القياس انه أبهم المائة وعطف الدرهم عليها فيعتبر تصرفه على حسب ما أوقعه فيلزمه درهم والقول فى المبهم قوله (وجه) الاستحسان ان قوله لفلان على مائة ودرهم أى مائة درهم ودرهم هذا معنى هذا فى عرف الناس الا انه حذف الدرهم طلبا للاختصار على ما عليه عادة العرب من الاضمار والحذف فى الكلام وكذلك لو قال لفلان على مائة وشاة فالمائة من الشياه عليه تعرف الناس ولو قال لفلان على مائة وثوب فعليه ثوب والقول فى المائة قوله لان مثل هذا لا يستعمل فى بيان كون المعطوف عليه من جنس المعطوف فبقيت المائة مجملة فكان البيان فيما أجمل عليه وكذلك اذا قال مائة وثوبان ولو قال مائة وثلاثة أثواب فالكل ثياب لان قوله مائة وثلاثة كل واحد منهما مجمل وقوله أثواب يصلح تفسيرا لهما فجعل تفسيرا لهما وكذلك روى عن أبى يوسف رحمه الله فيمن قال لفلان على عشرة وعبد ان عليه عبد والبيان فى العشرة اليه والله سبحانه وتعالى أعلم وكذلك اذا قال لفلان على عشرة و وصيفة ان عليه وصيفة والبيان فى العشرة اليه ولو أقر لرجل بالف فى مجلس ثم أقر له بالف أخرى نظر فى ذلك فان أقر له فى مجلس آخر فعليه ألفان عند أبى حنيفة رحمه الله وعند أبى يوسف ومحمد عليه ألف واحدة وهو احدى الروايتين عن أبى حنيفة رضى الله عنه أيضا وان أقر له فى مجلس واحد فعندهما لا يشكل ان عليه ألفا واحدا وأما عند أبى حنيفة ذكر عن الكرخى ان عليه ألفين وذكر عن الطحاوى ان عليه ألفا واحدا وهو الصحيح (وجه) قول أبى يوسف ومحمد ان العادة بين الناس بتكرار الاقرار بمال واحد فى مجلسين مختلفين لتكثير الشهود كما جرت العادة بذلك فى مجلس واحد ليفهم الشهود فلا يحمل على انشاء الاقرار مع الشك (وجه) قول أبى حنيفة ان الالف المذكور فى الاقرار الثانى غير الالف المذكور فى الاقرار الاول لانه ذكر كل واحد من الالفين منكرا والاصل ان النكرة اذا كررت يراد بالثانى غير الاول قال الله تبارك وتعالى ان مع العسر يسرا ان مع العسر يسرا حتى قال ابن عباس رضى الله عنه لن يغلب عسر يسرين الا انا تركنا هذا الاصل فى المجلس الواحد للعادة والله تعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما شرائط الركن فأنواع لكن بعضها يعم الاقارير كلها و بعضها يخص البعض دون البعض اما الشرائط العامة فأنواع منها العقل فلا يصح اقرار المجنون والصبى الذى لا يعقل فاما البلوغ فليس بشرط فيصح اقرار الصبى العاقل بالدين والعين لان ذلك من ضرورات التجارة على ما ذكرنا فى كتاب المأذون الا انه لا يصح اقرار المحجور لانه من التصرفات الضارة المحضة من حيث الظاهر والقبول من المأذون للضرورة ولم توجد وأما الحرية فليست بشرط لصحة الاقرار فيصح اقرار العبد المأذون بالدين والعين لما بينا فى كتاب المأذون وكذا بالحدود والقصاص وكذا العبد المحجور يصح اقراره بالمال لكن لا ينفذ على المولى للحال حتى لا تباع رقبته بالدين بخلاف

المأذون

المأذون لان اقرار المأذون انما صح لكونه من ضرورات التجارة على ماذكر فى كتاب المأذون والمحجور ولا يملك التجارة فلا يملك ماهو من ضروراتها الا انه يصح اقراره فى حق نفسه حتى يؤاخذ به بعد الحرية لانه من أهل الاقرار لوجود العقل والبلوغ الا انه امتنع النفاذ على المولى للحال لحقه فاذا اعتق فقد زال المانع فيؤاخذ به وكذا يصح اقراره بالحدود والقصاص فيؤاخذ به للحال لان نفسه فى حق الحدود والقصاص كالخارج عن ملك المولى ولهذا لو أقر المولى عليه بالحدود والقصاص لا يصح وكذلك الصحة ليست بشرط لصحة الاقرار والمرض ليس بمانع حتى يصح اقرار المريض فى الجملة لان صحة اقرار الصحيح برجحان جانب الصدق على جانب الكذب وحال المريض أدل على الصدق فكان اقراره أولى بالقبول على مانذكره فى موضعه وكذلك الاسلام ليس بشرط لصحة الاقرار لانه فى الاقرار على نفسه غير متهم ومنها ان لا يكون متهما فى اقراره لان التهمة تخل برجحان الصدق على جانب الكذب فى اقراره لان اقرار الانسان على نفسه شهادة قال الله تعالى يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم والشهادة على نفسه اقرار دل ان الاقرار شهادة وانها ترد بالتهمة وفروع هذه المسائل تأتى فى خلال المسائل ان شاء الله تعالى ومنها الطوع حتى لا يصح اقرار المكره لما ذكرنا فى كتاب الاكراه ومنها ان يكون المقر معلوما حتى لو قال رجلان لفلان على واحد منا الف درهم لا يصح لانه اذا لم يكن معلوما لا يتمكن المقر له من المطالبة فلا يكون فى هذا الاقرار فائدة فلا يصح وكذلك اذا قال أحدهما غصب واحد منا وكذلك اذا قال واحد منا زنى أو سرق أو شرب أو قذف لان من عليه الحد غير معلوم فلا يمكن اقامة الحد وأما الذى يخص بعض الاقارير دون البعض فمعرفته مبنية على معرفة أنواع المقر به فنقول ولا قوة الا بالله تعالى ان المقر به فى الاصل نوعان أحدهما حق الله تعالى عز شأنه والثانى حق العبد اما حق الله سبحانه وتعالى فنوعان أيضا أحدهما ان يكون خالصا لله تعالى وهو حد الزنا والسرقة والشرب والثانى ان يكون للعبد فيه حق وهو حد القذف ولصحة الاقرار بها شرائط ذكرناها فى كتاب الحدود

﴿ فصل ﴾ وأما حق العبد فهو المال من العين والدين والنسب والقصاص والطلاق والعتاق ونحوها ولا يشترط لصحة الاقرار بها ما يشترط لصحة الاقرار بحقوق الله تعالى وهى ماذكرنا من العدد ومجلس القضاء والعبارة حتى ان الاخرس اذا كتب الاقرار بيده أو أومأ بما يعرف انه اقرار بهذه الاشياء يجوز بخلاف الذى اعتقل لسانه لان للأخرس اشارة معهودة فاذا أتى بها يحصل العلم بالمشار اليه وليس ذلك لمن اعتقل لسانه ولان اقامة الاشارة مقام العبارة أمر ضرورى والخرس ضرورة لانه أصلى (فأما) اعتقال اللسان فليس من باب الضرورة لكونه على شرف الزوال بخلاف الحدود لانه لا يجعل ذلك اقرارا بالحدود لما بينا ان مبنى الحدود على صريح البيان بخلاف القصاص فانه غير مبنى على صريح البيان فانه اذا أقر مطلقا عن صفة التعمد بذكر آلة دالة عليه وهى السيف ونحوه يستوفى منه القصاص وكذا لا يشترط لصحة الاقرار بها الصحو حتى يصح اقرار السكران لانه يصدق فى حق المقر له انه غير صاح أو لانه ينزل عقله قائما فى حق هذه التصرفات فيلحق فيها بالصاحى معزو اله حقيقة عقوبة عليه وحقوق العباد تثبت مع الشبهات بخلاف حقوق الله تعالى لكن الشرائط المختصة بالاقرار بحقوق العباد نوعان نوع يرجع الى المقر له ونوع يرجع الى المقر به (أما) الذى يرجع الى المقر له فنوع واحد وهو ان يكون معلوما موجودا كان أو حملا حتى لو كان مجهولا بان قال لواحد من الناس على أو لزيد على ألف درهم لا يصح لانه لا يملك أحد مطالبته فلا يفيد الاقرار حتى لو عين واحدا بان قال عنيت به فلانا يصح ولو قال لحمل فلانة على ألف درهم فان بين جهة يصح وجوب الحق للحمل من تلك الجهة بان قال المقر أوصى بها فلان له أو مات أبوه فورثه صح الاقرار لان الحق يجب له من هذه الجهة فكان صادقا فى اقراره فيصح وان أجمل الاقرار لا يصح عند أبى يوسف وعند محمد يصح (وجه) قول محمد ان اقرار العاقل يجب حمله على الصحة ما أمكن وأمكن حمله على اقراره على جهة مصححة له وهى ماذكرنا فوجب

حمله عليه (وجه) قول أبي يوسف ان الاقرار المبهم له جهة الصحة والفساد لانه ان كان يصح بالحمل على الوصية والارث يفسد بالحمل على البيع والغصب والقرض فلا يصح مع الشك مع ما ان الحمل في نفسه محتمل الوجود والعدم والشك من وجه واحد يمنع صحة الاقرار فمن وجهين أولى والله سبحانه وتعالى أعلم هذا اذا أقر للحمل (أما) اذا أقر بالحمل بان أقر بحمل جارية أو بحمل شاة لرجل صح أيضا لان حمل الجارية والشاة مما يحتمل الوجوب في الذمة بان أوصى له به مالك الجارية والشاة فاقر به والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) الذي يرجع الى المقر به اما الاقرار بالعين والدين فشرط صحة الفراغ عن تعلق حق الغير فان كان مشغولا بحق الغير لم يصح لان حق الغير معصوم محترم فلا يجوز ابطاله من غير رضاه فلا بد من معرفة وقت التعلق ومعرفة محل التعلق (أما) وقت التعلق فهو وقت مرض الموت فما دام المديون صحيحا فالدين في ذمته فاذا مرض مرض الموت يتعلق بتركته أي يتعين فيها ويتحول من الذمة اليها الا انه لا يعرف كون المرض مرض الموت الا بالموت فاذا اتصل به الموت تبين ان المرض كان مرض الموت من وقت وجوده فتبين ان التعلق يثبت من ذلك الوقت وبيان ذلك الوقت ببيان حكم اقرار المريض والصحيح وما يفترقان فيه وما يتصل به وما يستويان فيه فنقول وبالله التوفيق اقرار المريض في الاصل نوعان اقراره بالدين لغيره واقراره باستيفاء الدين من غيره (فأما) اقراره بالدين لغيره فلا يخلو من أحد وجهين (اما) ان أقر به لاجنبي أو لوارث فان أقر به لوارث فلا يصح الا باجازة الباقين عندنا وعند الشافعي يصح (وجه) قول الشافعي رحمه الله ان جهة الصحة للاقرار هي رجحان جانب الصدق على جانب الكذب وهذا في الوارث مثل ما في الاجنبي ثم يقبل اقرار الاجنبي كذا الوارث (ولنا) ما روى عن سيدنا عمر وابنه سيدنا عبد الله رضي الله عنهما انهما قالا اذا أقر المريض لوارثه لم يجز واذا أقر لاجنبي جاز ولم يرو عن غيرهما خلاف ذلك فيكون اجماعا ولانه متهم في هذا الاقرار لجواز انه آثر بعض الورثة على بعض بميل الطبع أو بقضاء حق موجب للبعث على الاحسان وهو لا يملك ذلك بطريق التبرع والوصية به فاراد تنفيذ غرضه بصورة الاقرار من غير ان يكون للوارث عليه دين فكان متهما في اقراره فيرد ولانه لما مرض مرض الموت فقد تعلق حق الورثة بماله ولهذا لا يملك ان يتبرع عليه بشئ من الثلث مع ما انه خالص ملكه لا حق لاجنبي فيه فكان اقراره للبعض ابطالا لحق الباقين فلا يصح في حقهم ولان الوصية لم تجز لوارث فالاقرار أولى لانه لو جاز الاقرار لارتفع بطلان الوصية لانه يميل الى الاقرار اختيار الايثار بل هو أولى من الوصية لانه لا يذهب بالوصية الا الثلث وبالاقرار يذهب جميع المال فكان ابطال الاقرار ابطال الوصية بالطريق الاولى ويصح اقرار الصحيح لوارث لان ما ذكرنا من الموانع منعدمة في اقراره هذا اذا أقر لوارث فان أقر لاجنبي فان لم يكن عليه دين ظاهر معلوم في حالة الصحة يصح اقراره من جميع التركة استحسانا والقياس ان لا يصح الا في الثلث (وجه) القياس ان حق الورثة بما زاد على الثلث متعلق ولهذا لم يملك التبرع بما زاد على الثلث لكنا تركنا القياس بالاثر وهو ما روى عن ابن سيدنا عمر رضي الله تعالى عنهما انه قال اذا أقر المريض بدين لاجنبي جاز ذلك من جميع تركته ولم يعرف له فيه من الصحابة رضي الله تعالى عنهم مخالف فيكون اجماعا ولانه في الاقرار للاجنبي غير متهم فيصح ويصح اقرار الصحيح للاجنبي من جميع المال لانعدام تعلق حق الورثة بماله في حالة الصحة بل الدين في الذمة وانما يتعلق بالتركة حالة المرض وكذا لو أقر الصحيح بديون لاناس كثيرة متفرقة بان أقر بدين جاز عليه كله لان حال الصحة حال الاطلاق لوجود الموجب للاطلاق وانما الامتناع لعارض تعلق حق الورثة أو للتهمة وكل ذلك ههنا منعدم ويستوى فيه المتقدم والمتأخر لحصول الكل في حالة الاطلاق ولو أقر المريض بديون لاناس كثيرة متفرقة بان أقر بدين ثم بدين جاز ذلك كله واستوى فيه المتقدم والمتأخر استواء الكل في التعلق لاستوائهما في زمان التعلق وهو زمان المرض اذ زمن المرض مع امتداده بتجدد أمثاله حقيقة بمنزلة زمان واحد في الحكم فلا يتصور فيه التقدم والتأخر ولو أقر وهو مريض بدين ثم بعين بان أقر ان هذا الشئ الذي في يده وديعة لفلان فهما دينان ولا تقدم

الوديعة لان اقراره بالدين قد صح فأوجب تعلق حق الغرماء بالعين لكونها مملوكة له من حيث الظاهر والاقرار بالوديعة لا يبطل التعلق لان حق الغير يصان عن الابطال ما أمكن وأمكن ان يجعل ذلك اقرارا بالدين لاقراره باستهلاك الوديعة بتقديم الاقرار بالدين عليه واذا صار مقرا باستهلاك الوديعة فالاقرار باستهلاك الوديعة يكون اقرارا بالدين لذلك كانا دينين ولو أقر بالوديعة أولا ثم أقر بالدين فالاقرار بالوديعة أولى لان الاقرار بالوديعة لما صح خرجت الوديعة من ان تكون محلا للتعلق لخروجها عن ملكه فلا يثبت التعلق بالاقرار لان حق غريم المرض يتعلق بالتركة لا بغيرها ولم يوجد وكذلك لو أقر المريض بمال في يده انه بضاعة أو مضاربة فحكمه وحكم الوديعة سواء والله سبحانه وتعالى أعلم هذا اذا أقر المريض بالدين وليس عليه دين ظاهر معلوم في حال الصحة يعتبر اقراره فأما اذا كان عليه دين ظاهر معلوم بغير اقراره ثم أقر بدين آخر نظر في ذلك فان لم يكن المقر به ظاهرا معلوما بغير اقراره تقدم الديون الظاهرة لغرماء الصحة في القضاء فتقضى ديونهم أولا من التركة فما فضل يصرف الى غير غرماء الصحة وهذا عندنا وعند الشافعي رحمه الله يستويان (وجه) قوله ان غريم المرض مع غريم الصحة استويا في سبب الاستحقاق وهذا لان الاقرار انما كان سببا لظهور الحق لرجحان جانب الصدق على جانب الكذب وحالة المرض أدل على الصدق لانها حالة يتدارك الانسان فيها ما فرط في حالة الصحة فان الصدق فيها أغلب فكان أولى بالقبول (ولنا) ان شرط صحة الاقرار في حق غريم الصحة لم يوجد فلا يصح في حقه ودليل ذلك ان الشرط فراغ المال عن تعلق حق الغير به لما بينا ولم يوجد لان حق غريم الصحة متعلق بماله من أول المرض بدليل انه لو تبرع بشيء من ماله لا ينفذ تبرعه ولولا تعلق حق الغير به لنفذ لانه حينئذ كان التبرع تصرفا من الاصل في محل هو خالص ملكه وحكم الشرع في مثله النفاذ فدل عدم النفاذ على تعلق النفاذ واذا ثبت التعلق فقد انعدم الفراغ الذي هو شرط صحة الاقرار في حق غريم الصحة فلا يصح في حقه ولانه اذا لم يعلم وجوبه بسبب ظاهر معلوم سوى اقراره كان متهما في هذا الاقرار في حق غرماء الصحة لجواز ان يكون له ضرب عناية في حق شخص يميل طبعه الى الاحسان اليه أو بينهما حقوق تبعثه على المعروف والصلة في حقه ولا يملك ذلك بطريق التبرع فيريد به تحصيل مراده بصورة الاقرار فكان متهما في حق أصحاب الديون الظاهرة انه أظهر الاقرار من غير ان يكون عليه دين فيرد اقراره بالتهمة وكذلك اذا كان عليه دين الصحة فأقر بعبده في يده انه لفلان لا يصح اقراره في حق غرماء الصحة وكانوا أحق بالغرماء من الذي أقر له لانه لما مرض مرض الموت فقد تعلق حق الغرماء بالعبد لما بينا وكان الاقرار بالعبد لفلان ابطالا لحقهم فلا يصح اقراره في حقهم هذا الذي ذكرنا اذا لم يكن الدين المقر به ظاهرا معلوما بغير اقراره (فأما) اذا كان بان كان بدلا عن مال ملكه كبدل القرض وثمن المبيع أو بدلا عن مال استهلكه فهو بمنزلة دين الصحة ويقدمان جميعا على دين المرض لانه اذا كان ظاهرا معلوما بسبب معلوم لم يحتمل الرد فيظهر وجوبه باقراره وتعلقه بالتركة من أول المرض وكذا اذا كان ظاهرا معلوما بسبب معلوم لا يتهم في اقراره والله سبحانه وتعالى أعلم وكذلك اذا تزوج امرأة في مرضه بألف درهم ومهر مثلها ألف درهم جاز ذلك على غرماء الصحة والمرأة تحاصصهم بمهرها لانه لما جاز النكاح ولا يجوز الا بوجوب المهر كان وجوبه ظاهرا معلوما لظهور سبب وجوبه وهو النكاح فلم يكن وجوبه محتملا للرد فيتعلق بماله ضرورة تحققه ان النكاح اذا لم يجز بدون وجوب المهر والنكاح من الحوائج الاصلية للانسان فكذلك وجوب المهر الذي هو من لوازمه شرعا والمريض غير محجور عن صرف ماله الى حوائجه الاصلية كثمن الاغذية والادوية وان كان عليه دين الصحة وللصحيح ان يؤثر بعض الغرماء على بعض حتى انه لو قضى دين أحدهم لا يشاركه فيه الباقون لما بينا أن الدين في حالة الصحة لم يتعلق بالمال بل هو في الذمة فلا يكون في ايثار البعض ابطال حق الباقين الا ان يقر لرجلين بدين واحد فقبض أحدهما منه شيأ كان لصاحبه أن يشاركه فيه لانه قضى دينا مشتركا فكان المقبوض على الشركة وليس للمريض ان يؤثر بعض غرمائه على بعض سواء كانوا غرماء المرض أو غرماء الصحة حتى انه لو قضى

دين أحدهم شاركه الباقون فى المقبوض لان المرض أوجب تعلق الحق بالتركة وحقوقهم فى التعلق على السواء فكان فى ايثار البعض ابطال حق الباقين الا ان يكون ذلك بدل قرض أو ثمن مبيع بان استقرض فى مرضه أو اشترى شيأ بمثل قيمته وكان ذلك ظاهرا معلوما فله أن يقضى القرض و ينقد الثمن ولا يشاركه الغرماء فى المقبوض والمنقود لان الايثار فى هذه الصورة ليس ابطالا لحق الباقين لان حقوقهم متعلقة بمعنى التركة لا بصورتها والتركة قائمة من حيث المعنى لقيام بدلها لان بدل الشئ يقوم مقامه كانه هو فلم يكن ذلك ابطالا معنى ولو تزوج امرأة أو استأجر أجيرا فنقدهما المهر والاجرة لا يسلم لهما المنقود بل الغرماء يتبعونهما و يخاصمونهما بديونهم وكانوا اسوة الغرماء لان التسليم أعنى جعل المنقود سالما لهما ابطال حق الغرماء صورة ومعنى لان المهر بدل عن ملك النكاح وملك النكاح لا يحتمل تعلق حق الغرماء به وكذلك الاجرة بدل عن المنفعة المستوفاة وهى مما لا يحتمل تعلق الحق به لذلك لزم الاستواء فى القسمة والله تعالى أعلم وعلى هذا الاصل يخرج تقديم الدين على الوصية والميراث لان الميراث حق وضع فى المال الفارغ عن حاجة الميت فاذا مات وعليه دين مستغرق للتركة والتركة مشغولة بحاجته فلم يوجد شرط جريان الارث فيه قال الله تعالى عز من قائل من بعد وصية يوصى بها أو دين وقد قدم الدين على الميراث وسواء كان دين الصحة أو دين المرض لان الدليل لا يوجب الفصل بينهما وهو ما بينا واذا اجتمعت الديون فالغرماء يقسمون التركة على قدر ديونهم بالحصص ولو توى شئ من التركة قبل القسمة اقتسموا الباقى بينهم بالحصص و يجعل التاوى كانه لم يكن أصلا لان حق كل واحد منهم تعلق بكل جزء من التركة فكان الباقى بينهم على قدر ديونهم والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان محل تعلق الحق فمحل تعلق الحق هو المال لان الدين يقضى من المال لا من غيره فيتعلق حق الغرماء بكل متروك هو مال من العين والدين ودية المديون وارش الجنايات الواجبة له بالجناية عليه خطأ أو عمدا لان كل ذلك مال ولا يتعلق بالقصاص فى النفس وما دونها حتى لا يصح عفوهم لانه ليس بمال ولو عفا بعض الورثة عن القصاص حتى انقلب نصيب الباقين مالا يتعلق حق الغرماء به و يقضى منه ديونهم لانه بدل نفس المقتول فكان حقه فيصرف الى ديونه كسائر أمواله المتروكة وكذلك المديون اذا كانت امرأة يتعلق حق الغرماء بمهرها و يقسم بينهم بالحصص لان المهر مال والله سبحانه وتعالى أعلم وما عرف من أحكام الاقارير وتفاصيلها فى الصحة والمرض فى اقرار الحر فهو الحكم فى اقرار العبد المأذون لانه يملك الاقرار بالدين والعين لكونه من ضرورات التجارة على ما بينا فى كتاب المأذون فكان هو فى حكم الاقرار والحر سواء ولو تصرف المأذون فى مرضه جازت محاباته من جميع المال ومحاباة الحر المريض لا تجوز الا من الثلث (ووجه) الفرق ان انحجار الحر عن المحاباة لتعلق حق الورثة والعبد لا وارث له وحكم تصرفه يقع لمولاه فاشبه الوكيل بالبيع اذا باع فى مرض موته وحابى انه تجوز محاباته من جميع المال كذا هذا ولو كان على العبد دين وفى يده وفاء بالدين أخذ الغرماء ديونهم وجازت المحاباة فيما بقى من المال وان كان الدين محيطا بما فى يده يقال للمشترى ان شئت فاد جميع المحاباة والا فاردد المبيع كالحر المريض اذا حابى وعليه دين والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما اقرار المريض باستيفاء دين وجب له على غيره فلا يخلو من أحد وجهين اما ان أقر باستيفاء دين وجب له على وارث واما ان أقر باستيفاء دين وجب له على أجنبى فان أقر باستيفاء دين وجب له على أجنبى فاما ان أقر باستيفاء دين وجب له فى حالة الصحة واما ان أقر باستيفاء دين وجب له فى حالة المرض فان أقر باستيفاء دين وجب له فى حالة الصحة يصح و يصدق فى اقراره بالاستيفاء حتى يبرأ الغريم عن الدين سواء كان الدين الواجب فى حالة الصحة بدلا عما ليس بمال نحو ارش جناية أو بدل صلح عن عمد او كان بدلا عما هو مال نحو بدل قرض أو ثمن مبيع وسواء لم يكن عليه دين الصحة أو كان عليه دين الصحة أما اذا وجب بدلا عما هو مال فلان المريض

بهذا الاقرار لم يبطل حق الغرماء لان المديون استحق البراءة عن الدين بالاقرار باستيفاء الدين حالة الصحة كما استحقها بايفاء الدين بالتخلية بين المال و بين صاحب الدين والعارض هو المرض وأثره فى حجر المريض عما كان له لا فى حجره عما كان حقا مستحقا عليه كالعبد المأذون اذا أقر بعد الحجر باستيفاء دين ثبت له فى حالة الاذن انه يصح اقراره لما قلنا كذا هذا بل أولى لان حجر العبد أقوى لانه يصير محجورا عن البيع والشراء والمريض لا يصير محجورا عن البيع والشراء ثم أثر الحجر هناك ظهر فيما له لا فيما عليه فههنا أولى (وأما) اذا وجب بدلا عما ليس بمال فلان بالمرض لم يتعلق حق الغرماء بالمبدل وهو النفس لانه ليس بمال فلا يتعلق بالبدل واذا لم يتعلق حقهم به فلا يكون الاقرار باستيفاء الدين ابطالا لحق الغرماء فيصح و يبرأ الغريم وكذلك اذا أقر المولى باستيفاء بدل الكتابة الواقعة فى حالة الصحة يصدق و يبرأ المكاتب لما قلنا هذا اذا أقر باستيفاء دين وجب له فى حالة الصحة فاما اذا أقر باستيفاء دين وجب له فى حالة المرض فان وجب بدلا عما هو مال لم يصح اقراره ولا يصدق فى حق غرماء الصحة و يجعل ذلك منه اقرارا بالدين لانه لما مرض فقد تعلق حق الغرماء بالمبدل لانه مال فكان البيع والقرض ابطالا لحقهم عن المبدل الا ان يصل البدل اليهم فيكون بدلا معنى لقيام البدل مقامه لما أقر بالاستيفاء فلا وصول للبدل اليهم فلم يصح اقراره بالاستيفاء فى حقهم فبقى اقرارا بالدين لان الاقرار بالاستيفاء اقرار بالدين لان كل من استوفى دينا من غيره يصير المستوفى دينا فى ذمة المستوفى ثم تقع المقاصة فكان الاقرار بالاستيفاء اقرارا بالدين واقرار المريض بالدين وعليه دين الصحة لا يصح فى حق غرماء الصحة وكذلك لو أتلف رجل على المريض شيأ فى مرضه فاقر المريض بقبض القيمة منه لم يصدق فى ذلك اذا كان عليه دين الصحة لان الحق كان متعلقا بالمبدل حالة المرض فيتعلق بالبدل ولو أتلف فى حالة الصحة فاقر فى حالة المرض صح لان الاقرار بقبض دين الصحة فى حالة المرض صحيح وان كان بدلا عما هو بالمال لما بينا وان وجب بدلا عما ليس بمال يصح اقراره لانه بالمرض لم يتعلق حق غرماء الصحة بالمبدل لانه لا يحتمل التعلق لانه ليس بمال فلا يتعلق بالبدل فصار الاقرار باستيفائه والاقرار باستيفاء دين وجب له فى حال الصحة سواء وذلك صحيح كذا هذا وكذلك لو أقر رجل للمريض انه قتل عبدا فى مرضه خطأ أو قطع يد العبد أو قامت البينة على ذلك فلزمه نصف القيمة فاقر المريض بالاستيفاء فهو مصدق لان الواجب بقتل العبد بدل النفس عندنا لا بدل المال بدليل انه يجب مقدرا كارش الاحرار حتى لو قطع يد عبد قيمته ثلاثون ألف درهم فعليه عشرة آلاف درهم الا أحد عشر درهما عند أبى يوسف رحمه الله فينقص عشرة عن عشرة آلاف لئلا يبلغ دية الحر و ينقص الدرهم الحادى عشر لئلا تبلغ بدل يده بدل نفسه وعند محمد رحمه الله يجب بقطع يد هذا العبد خمسة آلاف الا عشرة دراهم دل ان ارش يد العبد وجب مقدرا فكان بدلا عما ليس بمال كارش الحر فلا يتعلق به حق الغرماء فلا يكون الاقرار بالاستيفاء ابطالا لحقهم وكذلك لو كان الجانى قتل العبد متعمدا فصالحه المريض على مال ثم أقر أنه استوفى بدل الصلح جاز وكان مصدقا لان بدل الصلح بدل عما ليس بمال والله تعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وان أقر باستيفاء دين وجب له على وارث لا يصح سواء وجب بدلا عما هو مال أو بدلا عما ليس بمال لانه اقرار بالدين لما بينا ان استيفاء الدين بطريق المقاصة وهو ان يصير المستوفى دينا فى ذمة المستوفى فكان اقراره بالاستيفاء اقرارا بالدين واقرار المريض لوارثه باطل وعلى هذا اذا تزوج امرأة فاقرت فى مرض موتها انها استوفت مهرها من زوجها ولا يعلم ذلك الا بقولها وعليها دين الصحة ثم ماتت قبل أن يطلقها زوجها ولا مال لها غير المهر لا يصح اقرارها و يؤمر الزوج برد المهر الى الغرماء فيكون بين الغرماء بالحصص لان الزوج وارثها واقرار المريض بدين وجب له على وارثه لا يصح وان وجب بدلا عما ليس بمال لما بينا ان ذلك اقرار بالدين للوارث وانه باطل ولو أقرت فى مرضها انها استوفت المهر من زوجها ثم طلقها الزوج قبل الدخول بها يصح اقرارها لان الزوج بالطلاق قبل الدخول خرج من ان يكون وارثا لها فلم يكن اقرارها باستيفاء المهر منه اقرارا بالدين للوارث فصح وليس

للز وج ان يضارب الغرماء بنصف المهر فيقول انها اقرت باستيفاء جميع المهر مني وهي لا تستحق بالطلاق قبل الدخول الا نصف المهر فصار نصف المهر دينا لي عليها فانا أضرب مع غرمائها لان اقرارها بالاستيفاء انما يصح في حق براءة الز وج عن المهر لا في حق اثبات الشركة في مالها مع غرمائها لان ديونهم ديون الصحة واقرارها للز وج في حالة المرض فلا يصح في حقهم ولو كان الز وج دخل بها فأقرت باستيفاء المهر ثم طلقها طلاقا بائنا أو رجعيا ثم ماتت بعد انقضاء العدة فكذلك الجواب لان الز وج عند الموت ليس بوارث ولو ماتت قبل انقضاء العدة لا يصح اقرارها (أما) في الطلاق الرجعي فلان الز وجية باقية والو راثة قائمة (وأما) في البائن فلان العدة باقية وكانت ممنوعة من هذا الاقرار لقيام النكاح في حالة العدة فكان النكاح قائما من وجه فلا يز ول المنع مادام المانع قائما من وجه ولهذا لا تقبل شهادة المعتدة لز وجها وان كان الطلاق بائنا واذا لم يصح اقرارها وعليها ديون الصحة فيستوفي أصحاب ديون الصحة ديونهم فان فضل من مالها شيء ينظر الى المهر والى ميراثه منها فيسلم له الاقل منهما ومشايخنا يقولون ان هذا الجواب على قول أبي حنيفة رضي الله عنه (وأما) على قولهما يجب ان يكون اقرارها باستيفاء المهر من الز وج صحيحا في حق التقديم على الو رثة في جميع ما أقرت (وأصل) المسئلة في كتاب الطلاق في المريض يطلق امرأته بسؤالها ثم يقر لها بمال انه يصح اقراره عندهما لانها أجنبية لا ميراث لها منه وأبو حنيفة رضي الله عنه يقول لها الاقل من نصيبها من الميراث ومما أقر لها به فهما يعتبران ظاهر كونها أجنبية وأبو حنيفة رحمه الله يقول يحتمل انهما تواضعا على ذلك ليقر لها بأكثر من نصيبها فكان متهما فيما زاد على ميراثها في حق سائر الو رثة فلم يصح فهذا كذلك والعبد المأذون في حالة المرض في الاقرار باستيفاء دين الصحة والمرض كالحر لانه يملك الاقرار باستيفاء الدين وقبضه كالحر فكل ما صح من الحر يصح منه وما لا فلا والله تعالى أعلم.

﴿ فصل ﴾ وأما اقرار المريض بالابراء بان أقر المريض انه كان ابرأ فلانا من الدين الذي عليه في صحته لا يجوز لانه لا يملك انشاء الابراء للحال فلا يملك الاقرار به بخلاف الاقرار باستيفاء الدين لانه اقرار بقبض الدين وانه يملك انشاء القبض فيملك الاخبار عنه بالاقرار والله تعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما الاقرار بالنسب فهو الاقرار بالوارث وهو نوعان أحدهما اقرار الرجل بوارث والثاني اقرار الوارث بوارث ويتعلق بكل واحد منهما حكمان حكم النسب وحكم الميراث اما الاقرار بوارث فلصحته في حق ثبات النسب شرائط منها ان يكون المقر به محتمل الثبوت لان الاقرار اخبار عن كائن فاذا استحال كونه فلاخبار عن كائن يكون كذبا محضا وبيانه ان من أقر بغلام انه ابنه ومثله لا يلد مثله لا يصح اقراره لانه يستحيل ان يكون ابناله فكان كذبا في اقراره بيقين ومنها ان لا يكون المقر بنسبه معروف النسب من غيره فان كان لم يصح لانه اذا ثبت نسبه من غيره لا يحتمل ثبوته له بعده ومنها تصديق المقر بنسبه اذا كان في يد نفسه لان اقراره يتضمن ابطال يده فلا تبطل الا برضاه ولا يشترط صحة المقر لصحة اقراره بالنسب حتى يصح من الصحيح والمريض جميعا لان المرض ليس بمانع لعينه بل لتعلق حق الغير أو التهمة فكل ذلك منعدم اما التعلق فظاهر العدم لانه لا يعرف التعلق في مجهول النسب وكذلك معنى التهمة لان الارث ليس من لوازم النسب فان لحرمان الارث أسبابا لا تقدح في النسب من القتل والرق واختلاف الدين والدار والله سبحانه وتعالى أعلم ومنها ان يكون فيه حمل النسب على الغير سواء كذبه المقر بنسبه أو صدقه لان اقرار الانسان حجة على نفسه لا على غيره لانه على غيره شهادة أو دعوى والدعوى المفردة ليست بحجة وشهادة الفرد فيما يطلع عليه الرجال وهو من باب حقوق العباد غير مقبولة والاقرار الذي فيه حمل نسب الغير على غيره اقرار على غيره لا على نفسه فكان دعوى أو شهادة وكل ذلك لا يقبل الا بحجة وعلى هذا يجوز اقرار الرجل بخمسة نفر الوالدين والولد والز وجة والمولى ويجوز اقرار المرأة بأربعة نفر الوالدين والز وج والمولى ولا يجوز بالولد لانه ليس في الاقرار بهؤلاء حمل نسب الغير على غيره اما الاقرار بالولاء فظاهر لانه ليس فيه حمل نسب الى أحد

وكذلك

وكذلك الاقرار بالزوجية ليس فيه حمل نسب الغير على غيره لكن لابد من التصديق لما ذكرنا ثم ان وجد التصديق في حال حياة المقر جاز بلا خلاف وان وجد بعد وفاته فان كان الاقرار من الزوج يصح تصديق المرأة سواء صدقته في حال حياته أو بعد وفاته بالاجماع بان أقر الرجل بالزوجية فمات ثم صدقته المرأة لان النكاح يبقى بعد الموت من وجه لبقاء بعض أحكامه في العدة فكان محتملا للتصديق وان كان الاقرار بالزوجية من المرأة فصدقها الزوج بعد موتها لا يصح عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد يصح (وجه) قولهما ماذكرنا ان النكاح يبقى بعد الموت من وجه فيجوز التصديق كما اذا أقر الزوج بالزوجية وصدقته المرأة بعد موته (وجه) قول أبي حنيفة رحمه الله ان النكاح للحال عدم حقيقة فلا يكون محلا للتصديق الا انه أعطى له حكم البقاء لاستيفاء أحكام كانت ثابتة قبل الموت والميراث حكم لا يثبت الا بعد الموت فكان زائلا في حق هذا الحكم فلا يحتمل التصديق والله سبحانه وتعالى أعلم وأما الاقرار بالولد فلانه ليس فيه حمل نسب غيره على غيره بل على نفسه فيكون اقراراً على نفسه لا على غيره فيقبل لكن لابد من التصديق اذا كان في يد نفسه لما قلنا وسواء وجده في حال حياته أو بعد وفاته لان النسب لا يبطل بالموت فيجوز التصديق في الحالين جميعا وكذلك الاقرار بالوالدين ليس فيه حمل نسب غيره على غيره فيكون اقراراً على نفسه لا على غيره فيقبل وكذلك اقرار المرأة بهؤلاء لما ذكرنا الا الولد لان فيه حمل نسب غيره على غيره وهو نسب الولد على الزوج فلا يقبل الا اذا صدقها الزوج أو تشهد امرأة على الولادة بخلاف الرجل لان فيه حمل نسب الولد على نفسه ولا يجوز الاقرار بغير هؤلاء من العم والاخ لان فيه حمل نسب غيره على غيره وهو الاب والجد وكذلك الاقرار بوارث في حق حكم الميراث يشترط له ما يشترط للاقرار به في حق ثبات النسب وهو ماذكرنا الا شرط حمل النسب على الغير فان الاقرار بنسب يحمله المقر على غيره لا يصح في حق ثبات النسب أصلا ويصح في حق الميراث لكن بشرط ان لا يكون له وارث أصلا ويكون ميراثه له لان تصرف العاقل واجب التصحيح ما أمكن فان لم يمكن في حق ثبات النسب لفقد شرط الصحة أمكن في حق الميراث وان كان ثمة وارث قريبا كان أو بعيداً لا يصح اقراره أصلا ولا شيء له في الميراث بان أقر باخ وله عمة أو خالة فميراثه لعمته أو لخالته ولا شيء للمقر له لانهما وارثان بيقين فكان حقهما ثابتاً بيقين فلا يجوز ابطاله بالصرف الى غيرهما وكذلك اذا أقر باخ أو ابن ابن وله مولى الموالاة ثم مات فالميراث للمولى ولا شيء للمقر له لان الولاء من أسباب الارث ولا يكون اقراره بذلك رجوعا عن عقد الموالاة لانعدام الرجوع حقيقة فبقي العقد وانه يمنع صحة الاقرار بالمذكور وكذلك لو كان مولى الموالاة هو مولى العتاقة من طريق الاولى لانه عصبته ولو لم يكن له وارث ولكنه أوصى بجميع ماله لرجل فالثلث للموصى له والباقي للاخ المقر به لانه وارث في زعمه وظنه ولو كان مع الموصى له بالمال مولى الموالاة أيضاً فللموصى له الثلث والباقي للمولى ولا شيء للمقر له لان الموالاة لا تمنع صحة الوصية لكنها تمنع صحة الاقرار بالمذكور لما بينا وكذلك لو كان مكان مولى الموالاة مولى العتاقة لان مولى العتاقة آخر العصبات مقدم على ذوي الارحام ومولى الموالاة آخر الورثة مؤخر عن ذوي الارحام فاضعف الولاءين لما منع صحة الاقرار بالمذكور فاقواهما أولى ولو أقر باخ في مرض الموت وصدقه المقر له ثم أنكر المريض بعد ذلك وقال ليس بيني وبينك قرابة بطل اقراره في حق الميراث أيضا حتى انه لو أوصى بعد الانكار بماله لانسان ثم مات ولا وارث له فالمال كله للموصى له بجميع المال لان الانكار منه رجوع والرجوع عن مثل هذا الاقرار صحيح لانه يشبه الوصية وان لم يكن وصية في الحقيقة والرجوع عن الوصية صحيح ولو أنكر وليس هناك موصى له بالمال أصلا فالمال لبيت المال لبطلان الاقرار أصلا بالرجوع والله تعالى أعلم وأما الاقرار بوارث فالكلام فيه في موضعين أحدهما في حق ثبات النسب والثاني في حق الميراث أما الاول فالامر فيه لا يخلو من أحد وجهين اما ان كان الوارث واحدا واما ان كان أكثر من واحد بان مات رجل وترك ابناً فاقر باخ هل يثبت نسبه من الميت اختلف فيه قال أبو حنيفة ومحمد لا يثبت النسب باقرار وارث واحد وقال أبو يوسف يثبت وبه أخذ

الكرخي رحمه الله وان كان أكثر من واحد بان كانا رجلين أو رجلا وامرأتين فصاعدا يثبت النسب باقرارهم بالاجماع
(وجه) قول أبي يوسف رحمه الله ان اقرار الواحد مقبول في حق الميراث فيكون مقبولا في حق النسب كاقرار الجماعة
(وجه) قول أبي حنيفة ومحمد رضي الله عنهما ان الاقرار بالاخوة اقرار على غيره لما فيه من حمل نسب غيره على غيره
فكان شهادة وشهادة الفرد غير مقبولة بخلاف ما اذا كانا اثنين فصاعدا لان شهادة رجلين او رجل وامرأتين في
النسب مقبولة واما في حق الميراث فاقرار الوارث الواحد بوارث يصح ويصدق في حق الميراث بان أقر الابن
المعروف باخ وحكمه انه يشاركه فيما في يده من الميراث لان الاقرار بالاخوة اقرار بشيئين النسب واستحقاق المال
والاقرار بالنسب اقرار على غيره وذلك غير مقبول لانه دعوى في الحقيقة أو شهادة والاقرار باستحقاق المال اقرار
على نفسه وانه مقبول ومثل هذا جائز ان يكون الاقرار الواحد مقبولا بجهة غير مقبول بجهة أخرى كمن اشترى عبدا ثم
أقر ان البائع كان أعتقه قبل البيع يقبل اقراره في حق العتق ولا يقبل في حق ولاية الرجوع بالثمن على البائع فعلى ذلك
ههنا جاز ان يقبل الاقرار بوارث في حق الميراث ولا يقبل في حق ثبات النسب ولو أقر الابن المعروف باخت أخذت
ثلث ما في يده لان اقراره قد صح في حق الميراث ولها مع الاخ ثلث الميراث ولو أقر بامرأة انها زوجة أبيه فلها ثمن ما في
يده ولو أقر بجدة هي أم الميت فلها سدس ما في يده والاصل ان المقر فيما في يده يعامل معاملة ما لو ثبت النسب ولو أقر ابن
الميت بابن ابن للميت وصدقه لكن أنكر ان يكون المقر ابنه فالقول قول المقر والمال بينهما نصفان استحسانا والقياس
ان يكون القول قول المقر له والمال كله له ما لم يقم البينة على النسب (وجه) القياس انهما تصادقا على اثبات وراثة المقر له
واختلفا في وراثة المقر فيثبت المتفق عليه ويقف المختلف فيه على قيام الدليل (وجه) الاستحسان ان المقر له انما
استفاد الميراث من جهة المقر فلو بطل اقراره لبطلت وراثته وفي بطلان وراثته بطلان وراثة المقر له وكذلك لو أقر
بابنة للميت وصدقته لكنها أنكرت ان يكون المقر ابنه فالقول قول المقر استحسانا لما قلنا ولو أقرت امرأة باخ للزوج
الميت وصدقها الاخ ولكنه أنكر ان تكون هي امرأة الميت فالقول قول المقر له عند أبي حنيفة ومحمد وزفر رحمهم
الله تعالى وهو القياس وعلى المرأة اثبات الزوجية بالبينة وعند أبي يوسف رحمه الله القول قول المرأة والمال بينهما
على قدر مواريثهما ولو أقر زوج المرأة الميتة باخ لها وصدقه الاخ لكنه أنكر ان يكون هو زوجها فهو على
الاختلاف (وجه) قول أبي يوسف قياس هذه المسألة على المسألة الاولى بالمعنى الجامع الذي ذكرناه في المسألة
الاولى ولابي حنيفة رحمه الله الفرق بين المسألتين (ووجهه) ان النكاح ينقطع بالموت والاقرار بسبب منقطع
لا يسمع الا ببينة بخلاف النسب ولو ترك ابنين فاقر أحدهم باخ ثالث فان صدقه الاخ المعروف في ذلك شاركهما
في الميراث كما اذا أقرا جميعا لما بينا وان كذبه فيه فانه يقسم المال بين الاخوين المعروفين أولا نصفين فيدفع النصف
الى الاخ المنكر واما النصف الآخر فيقسم بين الاخ المقر وبين المقر له نصفين عند عامة العلماء وعند ابن أبي ليلى
أثلاثا ثلثاه للمقر وثلثه للمقر له (وجه) قول ابن أبي ليلى ان من زعم المقر ان المال بين الاخوة الثلاثة اثلاث وان ثلث
المقر له نصفه في يده ونصفه في يد أخيه المنكر على الشيوع الا ان اقراره على أخيه لا ينفذ فيما في يد أخيه فينفذ فيما في يده
فيعطيه ثلث ذلك (ولنا) ان من زعم المقر ان حق المقر بنسبه في الميراث حقه وان المنكر فيما يأخذ من الزيادة وهو
النصف التام ظالم فيجعل ما في يده بمنزلة الهالك فيكون النصف الباقي بينهما بالسوية لكل واحد منهما ربع المال
ولو أقر أحدهما باخت فان صدقه الآخر فالامر ظاهر وان كذبه فيقسم المال أولا نصفين بين الاخوين النصف
للاخ المنكر ثم يقسم النصف الباقي بين الاخ المقر وأخته للذكر مثل حظ الانثيين ولو أقر أحدهما لامرأة انها زوجة
أبينا فان صدقه الآخر فالامر واضح للمرأة الثمن والباقي بينهما لكل واحد منهما سبعة لا تستقيم عليهما فتصحح
المسألة فتضرب سهمين في ثمانية فتصير ستة عشر لها ثمنها والباقي بينهما لكل واحد منهما سبعة وان كذبه فلها تسع
ما في يده عند عامة العلماء رضي الله عنهم وعند ابن أبي ليلى رحمه الله لها ثمن ما في يده (وجه) قوله في ان زعم المقر ان

للمرأة ثمن ما فى يدى الاخوين الا أن اقراره صح فيما فى يد نفسه ولم يصح فى حق صاحبه واذا صح فى حق نفسه يعطيها ثمن ما فى يده (وجـه) قول العامة ان فى زعم المقر ان ثمن التركة لها وسبعة أثمانها لهما بينهما على السوية أصل المسئلة وقسمتها ماذكرنا الا أن الاخ المنكر فيما يأخذ من الزيادة ظالم فيجعل ما فى يده كالهالك و يقسم النصف الذى فى يد المقر بينه وبينها على قدر حقهما و يجعل ما يحصل للمقر وذلك سبعة على تسعة أسهم سهمان من ذلك لها وسبعة أسهم له واذا جعل هذا النصف على تسعة صار كل المال على ثمانية عشر تسعة منها للاخ المنكر وسهمان للمرأة وسبعة أسهم للاخ المقر هذا اذا أقر الوارث بوارث واحد فاما اذا أقر بوارث بعد وارث بان أقر بوارث ثم أقر بوارث آخر فالاصل فى هذا الاقرار انه ان صدق المقر بوراثة الاول فى اقراره بالوراثة للثانى فالمال بينهم على فرائض الله تعالى وان كذبه فيه فان كان المقر دفع نصيب الاول اليه بقضاء القاضى لا يضمن و يجعل ذلك كالهالك و يقسمان على ما فى يد المقر على قدر حقهما وان كان الدفع بغير قضاء القاضى يضمن و يجعل المدفوع كالقائم فى يده فيعطى الثانى حقه من كل المال بيان هذه الجملة فيمن هلك وترك ابنا فأقر بأخ له من أبيه وأمه فانه يدفع اليه نصف الميراث لما ذكرنا ان اقراره بالاخوة صحيح فى حق الميراث فان أقر بأخ آخر فهذا على وجهين اما ان أقر به بعد ما دفع الى الاول واما ان أقر قبل أن يدفع الى الاول نصيبه فان أقر به بعد ما دفع الى الال نصيبه فان كان الدفع بقضاء القاضى فللثانى ربع المال و يبقى فى يد المقر الربع لان الربع فى القضاء فى حكم الهالك لكونه مجبورا فى الدفع فيكون الباقى بينهما نصفان لان فى زعم المقر أن الثانى يساويه فى استحقاق الميراث فيكون لكل واحد منهما نصف النصف وهو ربع الكل وكذلك اذا كان لم يدفع الى الاول شيأ لان نصف المال صار مستحق الصرف اليه والمستحق كالمصروف وان كان دفع اليه بغير قضاء القاضى أعطى الثانى ثلث جميع المال لما ذكرنا ان الدفع بغير قضاء مضمون عليه والمضمون كالقائم فيدفع ثلث جميع المال اليه و يبقى فى يده الثلث فان دفع ثلث المال الى الثانى بعد قضاء القاضى ثم أقر بأخ ثالث وكذبه الثالث فى الاقرار بالاولين أخذ الثالث من الابن المعروف ربع جميع المال لان كل المال قائم معنى لأن الدفع بغير القضاء مضمون على الدافع فيأخذ السدس الذى فى يد المقر ونصف سدس آخر لان الدفع الى الاولين من غير قضاء القاضى لم يصح فى حق الثالث فيضمن له قدر نصف سدس فيدفعه مع السدس الذى فى يده اليه وعلى هذا اذا ترك ابنين فأقر أحدهما بأخ ثم أقر بأخ آخر فان صدقه الابن المعروف اشتركوا فى الميراث وان كذبه فان صدقه المقر بوراثته الاول فنصف المال بينهم أثلاث لان اقراره بالوراثة فى حقه وفى حق المقر بوراثته الاول صحيح لكنه لم يصح فى حق الابن المعروف وكان النصف للابن المعروف والنصف الباقى بينهم أثلاثا وان كذبه فان كان المقر دفع نصف ما فى يده وهو ربع جميع المال اليه بقضاء القاضى كان الباقى بينه و بين الثانى نصفين لان الدفع بقضاء القاضى فى حكم الهالك فكان الباقى بينهما نصفين لكل واحد ثمن المال وان كان دفع اليه بغير قضاء القاضى فان كان المقر يعطى الثانى مما فى يده وهو ربع المال سدس جميع المال لان الدفع بغير قضاء مضمون على الدافع فيكون ذلك الربع كالقائم ولو أقر أحدهما بأخت ودفع اليها نصيبها ثم أقر بأخت أخرى وكذبه الاخ فان صدقته الاخت الاولى فنصف المال للاخ المنكر والنصف بين الاخ المقر و بين الاختين للذكر مثل حظ الانثيين وان كذبته فان كان دفع اليها نصيبها وهو ثلث النصف وذلك سدس الكل بقضاء فالباقى بين المقر و بين الاخت الاخرى للذكر مثل حظ الانثيين لما مر ان المدفوع بغير قضاء فى حكم الهالك فلا يكون مضمونا على الدافع وان كان الدفع بغير قضاء فان المقر يعطى للاخت الاخرى مما فى يده نصف ربع جميع المال لان الدفع بغير القضاء اتلاف فصار كأنه قائم فى يده وقد أقر باختين ولو كان كذلك يكون لهما ربع جميع المال لكل واحدة ثمن كذلك ههنا يعطى الاخت الاخرى مما فى يده نصف ربع جميع المال والله سبحانه وتعالى أعلم ولو أقر أحدهم بامرأة لابيه ثم أقر بأخرى فان أقر بهما معاً فذلك التسعان لهما جميعا وهذا ظاهر لان فرض الزوجات لا يختلف بالقلة والكثرة وان أقر بالاولى ودفع اليها ثم

بالاخرى فان صدقته الاولى فكذلك الجواب وان كذبته فالنصف للاخ المنكر وتسعان للاولى فبقى هناك الابن المعروف والمرأة الاخرى فينظر ان كان دفع التسعين الى الاولى بالقضاء يجعل ذلك كالهالك ويجعل كأن لم يكن له مال سوى الباقى وهو سبعة أسهم فيكون ذلك بين الابن المقر وبين المرأة الاخرى على ثمانية أسهم ثمن من ذلك للمرأة وسبعة للابن المقر وان كان دفع اليها بغير قضاء يعطى من التسعة التى هى عنده سهما للمرأة الاخرى وهو سبع نصف جميع المال لان المدفوع كالقائم عنده ولو كان نصف المال عنده قائما يعطى الاخرى التسع وذلك سهم لان المقر به ثمن المال للمرأتين جميعا والثمن هو تسعان تسع للاولى وتسع للاخرى الا أن الاولى ظلمت حيث أخذت زيادة سهم وذلك الظلم حصل على الاخ المقر لانه هو الذى دفع بغير قضاء القاضى فيدفع التسع الثانى الى الاخرى وهو سبع نصف المال والباقى للابن وهو ستة أسهم والله سبحانه وتعالى أعلم ولو مات رجل وترك ابنا معروفا والف درهم فى يده فادعى رجل على الميت الف درهم فصدقه الابن أو نكل عن اليمين فدفع الى الغريم ذلك ثم ادعى رجل آخر على الميت الف درهم فصدقه الابن أو نكل عن اليمين فان كان دفع الى الاول بقضاء لم يضمن للثانى شيأ لانه فى الدفع مجبور فكان فى حكم الهالك وان كان بغير قضاء يضمن للثانى نصف المال لانه مختار فى الدفع فكان اتلافا فيضمن كما اذا أقر لهما ثم دفع الى أحدهما ولو مات وترك ألف درهم فاقر باخ ثم رجع وقال لست باخ لى وانما أخى هذا الرجل الآخر وصدقه الآخر بذلك وكذبه فى الاقرار الاول فان كان دفع النصف الى الاول بقضاء يشاركه الثانى فيما فى يده فيقتسمان نصفين لما بينا ان الدفع بقضاء فى حكم الهلاك وان كان بغير قضاء يدفع جميع ما فى يده وهو نصف المال الى الآخر لما بينا ولو مات وترك ابنا والف درهم فادعى رجل على الميت الف درهم فصدقه الوارث ودفع اليه بقضاء أو بغير قضاء وادعى رجل آخر على الميت دينا ألف درهم وكذبه الوارث وصدقه الغريم الاول وأنكر الغريم الثانى دين الغريم الاول لم يلتفت الى انكاره ويقتسمان الالف بينهما نصفين لان استحقاق الغريم الثانى انما يثبت باقرار الغريم الاول وهو يصدقه وهو ما أقر له الا بالنصف وكذلك لو أقر الغريم الثانى لغريم ثالث فان الغريم الثالث يأخذ نصف ما فى يده لما قلنا ولو مات وترك الفا فى يد رجل فقال الرجل أنا أخوه لابيه وأمه وأنت أخوه لابيه وأمه وأنكر المقر به أن يكون المقر أخاله فالقول قول المقر استحسانا على ما بينا ولو قال المقر للمقر به أنا وأنت أخواه لابيه وأمه ولى عليه ألف درهم دين وأنكر المقر به الدين فالمال بينهما نصفان لان دعوى الدين دعوى أمر عارض مانع من الارث فلا يثبت الا بحجة ولو مات وترك ابنا والف درهم فادعى رجل على الميت الف درهم فصدقه الوارث بذلك ودفع اليه ثم ادعى رجل آخر ان الميت أوصى له بثلث ماله أو ادعى انه ابن الميت وصدقهما بذلك الابن المعروف وكذباه فيما أقر فان كان دفع بغير قضاء فلا ضمان على الدافع لان الارث والوصية مؤخران عن الدين فاقراره لم يصح فى حق ثبات النسب وانما يصح فى حق الميراث ولم يوجد الميراث ولو أقر لهما أول مرة ودفع اليهما ثم أقر للغريم كان للغريم أن يضمنه ما دفع الى الاولين لان الدين مقدم فاذا دفع بغير قضاء فقد أتلف على الغريم حقه وان كان الدفع بقضاء لا ضمان عليه لما بينا ولو ثبت الوصية أو الميراث بالبينة بقضاء أو بغير قضاء ثم أقر الغريم بدينه فلا ضمان عليه للغريم فيما دفعه الى الوارث والموصى له لانه لما قامت البينة على الميراث أو الوصية فقد ظهر انه وارث معروف أو موصى له فالاقرار بالدين لا يوجب بطلان حقهما ولو لم يكن دفع اليه لا يجوز له أن يدفع الى الغريم ويجبره القاضى على الدفع الى الوارث والموصى له لما قلنا والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان ما يبطل به الاقرار بعد وجوده فنقول وبالله التوفيق الاقرار بعد وجوده يبطل بشيئين أحدهما تكذيب المقر له فى أحد نوعى الاقرار وهو الاقرار بحقوق العباد لان اقرار المقر دليل لزوم المقر به وتكذيب المقر له دليل عدم اللزوم واللزوم لم يعرف ثبوته فلا يثبت مع الشك والثانى رجوع المقر عن اقراره فيما يحتمل الرجوع فى أحد نوعى الاقرار بحقوق الله تبارك وتعالى خالصا كحد الزنا لانه يحتمل أن يكون صادقا فى الانكار فيكون كاذبا

فى الاقرار ضرورة فيورث شبهة فى وجوب الحد وسواء رجع قبل القضاء أو بعده قبل تمام الجلد أو الرجم قبل الموت لما قلنا وروى ان ماعزا لما رجم بعض الحجارة هرب من أرض قليلة الحجارة الى أرض كثيرة الحجارة فلما بلغ ذلك الى رسول الله صلى الله عليه وسلم قال عليه الصلاة والسلام سبحان الله هلا خليتم سبيله ولهذا يستحب للامام تلقين المقر الرجوع بقوله لعلك لمستها أو قبلتها كما لقن رسول الله صلى الله عليه وسلم ماعزا وكما لقن عليه الصلاة والسلام السارق والسارقة بقوله عليه الصلاة والسلام ما أخاله سرق أو أسرقت قولى لا ولو لم يكن محتملا للرجوع لم يكن للتلقين معنى وفائدة فكان التلقين منه عليه أفضل التحية والتسليم احتيالا للدرء لانه أمرنا به بقوله عليه أفضل التحية ادرؤا الحدود بالشبهات وقوله عليه الصلاة والسلام ادرؤا الحدود ما استطعتم وكذلك الرجوع عن الاقرار بالسرقة والشرب لان الحد الواجب بهما حق الله سبحانه وتعالى خالصا فيصح الرجوع عن الاقرار بهما الا أن فى السرقة يصح الرجوع فى حق القطع لا فى حق المال لان القطع حق الله تعالى عز شأنه على الخلوص فيصح الرجوع عنه فأما المال فحق العبد فلا يصح الرجوع فيه وأما حد القذف فلا يصح الرجوع عن الاقرار فيه لان للعبد فيه حقا فيكون متهما فى الرجوع فلا يصح كالرجوع عن سائر الحقوق المتمحضة للعباد وكذلك الرجوع عن الاقرار بالقصاص لان القصاص خالص حق العباد فلا يحتمل الرجوع والله تعالى أعلم بالصواب

﴿ كتاب الجنايات ﴾

الجناية فى الاصل نوعان جناية على البهائم والجمادات وجناية على الآدمى (أما) الجناية على البهائم والجمادات فنوعان أيضا غصب واتلاف وقد ذكرنا كل واحد منهما فى كتاب الغصب وهذا الكتاب وضع لبيان حكم الجناية على الآدمى خاصة فنقول وبالله تعالى التوفيق الجناية على الآدمى فى الاصل أنواع ثلاثة جناية على النفس مطلقا وجناية على مادون النفس مطلقا وجناية على ماهو نفس من وجه دون وجه (أما) الجناية على النفس مطلقا فهى قتل المولود والكلام فى القتل فى مواضع فى بيان أنواع القتل وفى بيان صفة كل نوع وفى بيان حكم كل نوع منه (أما) الاول فالقتل أربعة أنواع قتل هو عمد محض ليس فيه شبهة العدم وقتل عمد فيه شبهة العدم وهو المسمى بشبه العمد وقتل هو خطأ محض ليس فيه شبهة العدم وقتل هو فى معنى القتل الخطأ (اما) الذى هو عمد محض فهو ان يتعمد القتل بحديد له حد او طعن كالسيف والسكين والرمح والاشفا والابرة وما اشبه ذلك اوما يعمل عمل هذه الاشياء فى الجرح والطعن كالنار والزجاج وليطة القصب والمروة والرمح الذى لا سنان له ونحو ذلك وكذلك الآلة المتخذه من النحاس وكذلك القتل بحديد لا حد له كالعمود وصنجة الميزان وظهر الفأس والمر ونحو ذلك عمد فى ظاهر الرواية (وروى) الطحاوى عن أبى حنيفة رضى الله عنهم انه ليس بعمد فعلى ظاهر الرواية العبرة للحديد نفسه سواء جرح أولا وعلى رواية الطحاوى العبرة للجرح نفسه حديدا كان أو غيره وكذلك اذا كان فى معنى الحديد كالصفر والنحاس والآنك والرصاص والذهب والفضة فحكمه حكم الحديد وأما شبه العمد فثلاثة أنواع بعضها متفق على كونه شبه عمد وبعضها مختلف فيه أما المتفق عليه فهو ان يتعمد القتل بعصا صغيرة أو بحجر صغير أو لطمة ونحو ذلك مما لا يكون الغالب فيه الهلاك كالسوط ونحوه اذا ضرب ضربة أو ضربتين ولم يوال فى الضربات وأما المختلف فيه فهو ان يضرب بالسوط الصغير ويوالى فى الضربات الى ان يموت وهذا شبه عمد بلا خلاف بين أصحابنا رحمهم الله تعالى وعند الشافعى رحمه الله هو عمد وان قصد قتله بما يغلب فيه الهلاك مما ليس بجارح ولا طاعن كمدقة القصارين والحجر الكبير والعصا الكبيرة ونحوها فهو شبه عمد عند أبى حنيفة رضى الله عنه وعندهما والشافعى هو عمد ولا يكون فيما دون النفس شبه عمد فما كان شبه عمد فى النفس فهو عمد فيما دون النفس لان مادون النفس لا يقصد اتلافه بآلة دون آلة عادة فاستوت الآلات كلها فى الدلالة على القصد فكان الفعل عمدا

محضا فينظر ان أمكن ايجاب القصاص يجب القصاص وان لم يمكن يجب الارش وأما القتل الخطأ فالخطأ قد يكون فى
نفس الفعل وقد يكون فى ظن الفاعل أما الاول فنحو ان يقصد صيداً فيصيب آدمياً وان يقصد رجلا فيصيب غيره فان
قصد عضوا من رجل فاصاب عضواً آخر منه فهذا عمد وليس بخطأ وأما الثانى فنحو ان يرمى الى انسان على ظن انه
حربى أو مرتد فاذا هو مسلم وأما الذى هو فى معنى الخطأ فنذكر حكمه وصفته بعد هذا ان شاء الله تعالى فهذه صفات
هذه الانواع وأما بيان أحكامها فوقوع القتل باحدى هذه الصفات لا يخلو اما ان علم واما ان لم يعلم بان وجد قتيل لا يعلم
قاتله فان علم ذلك أما القتل العمد المحض فيتعلق به أحكام منها وجوب القصاص والكلام فى القصاص فى مواضع فى
بيان شرائط وجوب القصاص وفى بيان كيفية وجوبه وفى بيان من يستحق القصاص وفى بيان من يلى استيفاء
القصاص وشرط جواز استيفائه وفى بيان ما يستوفى به القصاص وكيفية الاستيفاء وفى بيان ما يسقط القصاص بعد
وجوبه (أما) الاول فلوجوب القصاص شرائط بعضها يرجع الى القاتل و بعضها يرجع الى المقتول و بعضها يرجع الى
نفس القتل و بعضها يرجع الى ولى القتيل أما الذى يرجع الى القاتل فخمسة أحدها ان يكون عاقلا والثانى ان يكون بالغا
فان كان مجنونا أو صبياً لا يجب لان القصاص عقوبة وهما ليسا من أهل العقوبة لانها لا تجب الا بالجناية وفعلهما لا
يوصف بالجناية ولهذا لم تجب عليهما الحدود وأما ذكورة القاتل وحريته واسلامه فليس من شرائط الوجوب والثالث
ان يكون متعمداً فى القتل قاصداً اياه فان كان مخطئاً فلا قصاص عليه لقول النبى العمد قود أى القتل العمد يوجب
القود شرط العمد لوجوب القود ولان القصاص عقوبة متناهية فيستدعى جناية متناهية والجناية لا تتناهى الا بالعمد
والرابع ان يكون القتل منه عمداً محضا ليس فيه شبهة العدم لانه عليه الصلاة والسلام شرط العمد مطلقا بقول النبى
العمد قود والعمد المطلق هو العمد من كل وجه ولا كمال مع شبهة العدم ولان الشبهة فى هذا الباب ملحقة بالحقيقة وعلى
هذا يخرج القتل بضربة أو ضربتين على قصد القتل انه لا يوجب القود لان الضربة أو الضربتين مما لا يقصد به القتل
عادة بل التأديب والتهذيب فتمكنت فى القصد شبهة العدم وعلى هذا يخرج قول أصحابنا رضى الله عنهم فى الموالاة فى
الضربات انها لا توجب القصاص خلافا للشافعى (وجه) قوله ان الموالاة فى الضربات دليل قصد القتل لانها لا يقصد
بها التأديب عادة وأصل القصد موجود فيتمحض القتل عمداً فيوجب القصاص (ولنا) ان شبهة عدم القصد ثابتة
لانه يحتمل حصول القتل بالضربة والضربتين على سبيل الاستقلال من غير الحاجة الى الضربات الاخر والقتل
بضربة أو ضربتين لا يكون عمدا فتبين بذلك انه لا يوجب القصاص واذا جاء الاحتمال جاءت الشبهة وزيادة وعلى
هذا يخرج قول أبى حنيفة رضى الله عنه فى القتل بالمثقل انه لا يوجب القود خلافا لهما والشافعى رحمهم الله (وجه)
قولهم ان الضرب بالمثقل مهلك عادة ألا ترى انه لا يستعمل الا فى القتل فكان استعماله دليل القصد الى القتل كاستعمال
السيف وقد انضم اليه أصل القصد فكان القتل الحاصل به عمدا محضاً ولابى حنيفة رحمه الله طريقان مختلفان على
حسب اختلاف الروايتين عنه أحدهما ان القتل بآلة غير معدة للقتل دليل عدم القصد لان تحصيل كل فعل بالآلة
المعدة له فحصوله بغير ما أعد له دليل عدم القصد والمثقل وما يجرى مجراه ليس بمعد للقتل عادة فكان القتل به دلالة عدم
القصد فيتمكن فى العمدية شبهة العدم بخلاف القتل بحديد لا حد له لان الحديد آلة معدة للقتل قال الله تبارك وتعالى
وأنزلنا الحديد فيه بأس شديد والقتل بالعمود معتاد فكان القتل به دليل القصد فيتمحض عمدا وهذا على قياس ظاهر
الرواية والثانى وهو قياس رواية الطحاوى رحمه الله هو اعتبار الجرح انه يكمل القصور فى هذا القتل لوجود فساد الباطن
دون الظاهر وهو نقض التركيب وفى الاستيفاء افساد الباطن والظاهر جميعاً فلا تتحقق المماثلة وعلى هذا الخلاف اذا
خنق رجلا فقتله أو غرقه بالماء أو ألقاه من جبل أو سطح فمات انه لا قصاص فيه عند أبى حنيفة وعندهما يجب ولو طين
على أحد بيتاً حتى مات جوعا أو عطشا لا يضمن شيئا عند أبى حنيفة وعندهما يضمن الدية (وجه) قولهما ان الطين
الذى عليه تسبيب لاهلاكه لانه لا بقاء للآدمى الا بالاكل والشرب فالمنع عند استيلاء الجوع والعطش عليه يكون

اهلا كاله فاشبه حفر البئر على قارعة الطريق ولابى حنيفة رحمه الله ان الهلاك حصل بالجوع والعطش لا بالتطيين ولا صنع لاحد فى الجوع والعطش بخلاف الحفر فانه سبب للوقوع والحفر حصل من الحافر فكان قتلا تسبيبا ولو أطعم غيره سما فمات فان كان تناول بنفسه فلا ضمان على الذى أطعمه لانه أكله باختياره لكنه يعزر ويضرب ويؤدب لانه ارتكب جناية ليس لها حد مقدر وهى الغرور فان أوجره السم فعليه الدية عندنا وعند الشافعى رحمه الله عليه القصاص ولو غرق انسانا فمات أو صاح على وجهه فمات فلا قود عليه عندنا وعليه الدية وعنده عليه القود والخامس ان يكون القاتل مختارا اختيار الايثار عند أصحابنا الثلاثة رحمهم الله وعند زفر والشافعى رحمهما الله هذا ليس بشرط وعلى هذا يخرج المكره على القتل انه لا قصاص عليه عندنا خلافا لهما والمسئلة مرت فى كتاب الاكراه وأما الذى يرجع الى المقتول فثلاثة أنواع أحدها ان لا يكون جزء القاتل حتى لو قتل الاب ولده لا قصاص عليه وكذلك الجد اب الاب أو أب الام وان علا وكذلك اذا قتل الرجل ولد ولده وان سفلوا وكذا الام اذا قتلت ولدها أو أم الام أو أم الاب اذا قتلت ولد ولدها والاصل فيه ماروى عن النبى عليه الصلاة والسلام انه قال لا يقاد الوالد بولده واسم الوالد والولد يتناول كل والد وان علا وكل ولد وان سفل ولو كان فى ورثة المقتول ولد القاتل أو ولد ولده فلا قصاص لانه تعذر ايجاب القصاص للولد فى نصيبه فلا يمكن الايجاب للباقين لانه لا يتجزأ وتجب الدية للكل ويقتل الولد بالوالد لعمومات القصاص من غير فصل ثم خص منها الوالد بالنص الخاص فبقى الولد داخلا تحت العموم ولان القصاص شرع لتحقيق حكمة الحياة بالزجر والردع والحاجة الى الزجر فى جانب الولد لا فى جانب الوالد لان الوالد يحب ولده لولده لا لنفسه بوصول النفع اليه من جهته أو يحبه لحياة الذكر لما يحيى به ذكره وفيه أيضا زيادة شفقة تمنع الوالد عن قتله فاما الولد فانما يحب والده لا لوالده بل لنفسه وهو وصول النفع اليه من جهته فلم تكن محبته وشفقته مانعة من القتل فلزم المنع بشرع القصاص كما فى الاجانب ولان محبة الولد لوالده لما كانت لمنافع تصل اليه من جهته لا لعينه فربما يقتل الوالد ليتعجل الوصول الى أملاكه لا سيما اذا كان لا يصل النفع اليه من جهته لعوارض ومثل هذا يندر فى جانب الاب والثانى ان لا يكون ملك القاتل ولا له فيه شبهة الملك حتى لا يقتل المولى بعبده لقوله عليه الصلاة والسلام لا يقاد الوالد بولده ولا السيد بعبده ولانه لو وجب القصاص لوجب له والقصاص الواحد كيف يجب له وعليه وكذا اذا كان يملك بعضه فقتله لا قصاص عليه لانه لا يمكن استيفاء بعض القصاص دون بعض لانه غير متجزئ وكذا اذا كان له فيه شبهة الملك كالمكاتب اذا قتل عبدا من كسبه لان للمكاتب شبهة الملك فى أكسابه والشبهة فى هذا الباب ملحقة بالحقيقة ولا يقتل المولى بمدبره وأم ولده ومكاتبه لانهم مماليكه حقيقة ألا ترى انه لو قال كل مملوك لى فهو حر عتق هؤلاء الا المكاتب فانه لا يعتق الا بالنية لقصور فى الاضافة اليه بالملك لزوال ملك اليد ويقتل العبد بمولاه وكذا المدبر وأم الولد والمكاتب لعمومات النصوص ولتحقيق ما شرع له القصاص وهو الحياة بالزجر والردع بخلاف المولى اذا قتل هؤلاء لان شفقة المولى على ماله تمنعه عن القتل عند سيحان العداوة والحامل على القتل الا نادرا فلا حاجة الى الزجر بالقصاص بخلاف العبد ولو اشترك اثنان فى قتل رجل أحدهما ممن يجب القصاص عليه لو انفرد والآخر لا يجب عليه لو انفرد ممن ذكرنا كالصبى مع البالغ والمجنون مع العاقل والخاطئ مع العامد والاب مع الاجنبى والمولى مع الاجنبى لا قصاص عليهما عندنا وقال الشافعى رحمه الله يجب القصاص على العاقل والبالغ والاجنبى الا العامد فانه لا قصاص عليه اذا شاركه الخاطئ (وجه) قوله ان سبب الوجوب وجد من كل واحد منهما وهو القتل العمد الا انه امتنع الوجوب على أحدهما لمعنى يخصه فيجب على الآخر ولنا انه تمكنت شبهة عدم القتل فى فعل كل واحد منهما لانه يحتمل ان يكون فعل من لا يجب عليه القصاص لو انفرد مستقلا فى القتل فيكون فعل الآخر فضلا ويحتمل على القلب وهذه الشبهة ثابتة فى الشريكين الاجنبيين الا ان الشرع أسقط اعتبارها وألحقها بالعدم فتحا لباب القصاص وسدا لباب العدوان لان الاجتماع ثم يكون أغلب وههنا أندر فلم يكن فى معنى مورد الشرع فلا يلحق

به وعليهما الدية لوجود القتل الا انه امتنع وجوب القصاص للشبهة فتجب الدية ثم ما يجب على الصبي والمجنون والخاطئ تتحمله العاقلة وما يجب على البالغ والعاقل والعامد يكون في ماله لان القتل عمد لكن سقط القصاص للشبهة والعاقلة لا تعقل العمد وفي الاب والاجنبي الدية في مالهما لان القتل عمد وفي المولى مع الاجنبي على الاجنبي نصف قيمة العبد في ماله لما قلنا وكذلك اذا جرح نفسه وجرحه أجنبي فمات لا قصاص على الاجنبي عندنا خلافا للشافعي وعلى الاجنبي نصف الدية لانه مات بجرحين أحدهما هدر والآخر معتبر وعلى هذا مسائل تأتي في موضع آخر ان شاء الله تعالى والثالث ان يكون معصوم الدم مطلقاً فلا يقتل مسلم ولا ذمي بالكافر الحربي ولا بالمرتد لعدم العصمة أصلا ورأساً ولا بالحربي المستأمن في ظاهر الرواية لان عصمته ما ثبتت مطلقة بل مؤقتة الى غاية مقامه في دار الاسلام وهذا لان المستأمن من أهل دار الحرب وانما دخل دار الاسلام لا لقصد الاقامة بل لعارض حاجة يدفعها ثم يعود الى وطنه الاصلي فكانت في عصمته شبهة العدم وروى عن أبي يوسف انه يقتل به قصاصاً لقيام العصمة وقت القتل وهل يقتل المستأمن بالمستأمن ذكر في السير الكبير انه يقتل وروى ابن سماعة عن محمد انه لا يقتل ولا يقتل العادل بالباغي لعدم العصمة بسبب الحرب لانهم يقصدون أموالنا وأنفسنا ويستحلونها وقد قال عليه الصلاة والسلام قاتل دون نفسك وقال عليه الصلاة والسلام قاتل دون مالك ولا يقتل الباغي بالعادل أيضا عندنا وعند الشافعي رحمه الله يقتل لان المقتول معصوم مطلقا (ولنا) انه غير معصوم في زعم الباغي لانه يستحل دم العادل بتأويل وتأويله وان كان فاسداً لكن له منعة والتأويل الفاسد عند وجود المنعة الحق بالتأويل الصحيح في حق وجوب الضمان باجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم فانه روى عن الزهري انه قال وقعت الفتنة والصحابة متوافرون فاتفقوا على ان كل دم استحل بتأويل القرآن العظيم فهو موضوع وعلى هذا يخرج ما اذا قال الرجل لآخر اقتلني فقتله انه لا قصاص عليه عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر يجب القصاص (وجه) قوله ان الامر بالقتل لم يقدح في العصمة لان عصمة النفس مما لا تحتمل الاباحة بحال ألا ترى انه يأثم بالقول فكان الامر ملحقاً بالعدم بخلاف الامر بالقطع لان عصمة الطرف تحتمل الاباحة في الجملة فجاز ان يؤثر الامر فيها ولنا انه تمكنت في هذه العصمة شبهة العدم لان الامر وان لم يصح حقيقة فصيغته تورث شبهة والشبهة في هذا الباب لها حكم الحقيقة واذا لم يجب القصاص فهل تجب الدية فيه روايتان عن أبي حنيفة رضي الله عنه في رواية تجب وفي رواية لا تجب وذكر القدوري رحمه الله ان هذا أصح الروايتين وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله وينبغي ان يكون الاصح هي الاولى لان العصمة قائمة مقام الحرمة وانما سقط القصاص لمكان الشبهة والشبهة لا تمنع وجوب المال ولو قال اقطع يدي فقطع لا شيء عليه بالاجماع لان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال وعصمة الاموال تثبت حقاله فكانت محتملة للسقوط بالاباحة والاذن كما لو قال له اتلف مالي فاتلفه ولو قال اقتل عبدي أو اقطع يده فقتل أو قطع فلا ضمان عليه لان عبده ماله وعصمة ماله تثبت حقاله فجاز ان يسقط باذنه كما في سائر أمواله ولو قال اقتل أخي فقتله وهو وارثه القياس ان يجب القصاص وهو قول زفر رحمه الله وقال أبو حنيفة رضي الله عنه أستحسن ان آخذ الدية من القاتل (وجه) القياس ان الاخ الآمر أجنبي عن دم أخيه فلا يصح اذنه بالقتل فالتحق بالعدم (وجه) الاستحسان ان القصاص لو وجب بقتل أخيه لوجب له والقتل حصل باذنه والاذن ان لم يعمل شرعا لكنه وجد حقيقة من حيث الصيغة فوجوده يورث شبهة كالاذن بقتل نفسه والشبهة لا تؤثر في وجوب المال وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة رضي الله عنهما فيمن أمر انسانا ان يقتل ابنه فقتله انه يقتل به وهذا يوجب اختلاف الروايتين في المسألتين ولو أمره ان يشجه فشجه فلا شيء عليه ان لم يمت من الشجة لان الامر بالشجة كالامر بالقطع وان مات منها كانت عليه الدية كذا ذكر في الكتاب ويحتمل هذا ان يكون على أصل أبي حنيفة رحمه الله خاصة بناء على ان العفو عن الشجة لا يكون عفواً عن القتل عنده فكذا الامر بالشجة لا يكون أمراً بالقتل ولما مات تبين ان الفعل وقع قتلا من حين وجوده لا شجاً وكان

القياس ان يجب القصاص الا انه سقط للشبهة فتجب الدية فاما على أصلهما فينبغى ان لا يكون عليه شئ لان العفو عن الشجة يكون عفواً عن القتل عندهما فكذا الامر بالشجة يكون أمراً بالقتل وروى ابن سماعة عن محمد رحمهما الله فيمن أمر انسانا بان يقطع يده ففعل فمات من ذلك انه لا شئ على قاطعه ويحتمل أن يكون هذا قولهما خاصة كما قالا فيمن له القصاص فى الطرف اذا قطع طرف من عليه القصاص فمات انه لا شئ عليه فاما على قول أبى حنيفة رحمه الله فينبغى ان تجب الدية لانه لما مات تبين ان الفعل وقع قتلا والمأمور به القطع لا القتل وكان القياس ان يجب القصاص كما قال فيمن له القصاص فى الطرف الا انه سقط لمكان الشبهة فتجب الدية وعلى هذا يخرج الحربى اذا أسلم فى دار الحرب ولم يهاجر الينا فقتله مسلم انه لا قصاص عليه عندنا لانه وان كان مسلماً فهو من أهل دار الحرب قال الله تبارك وتعالى فان كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فكونه من أهل دار الحرب أورث شبهة فى عصمته ولانه اذا لم يهاجر الينا فهو مكثر سواد الكفرة ومن كثر سواد قوم فهو منهم على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو وان لم يكن منهم دينا فهو منهم داراً فيورث الشبهة ولو كانا مسلمين تاجرين أو أسيرين فى دار الحرب فقتل أحدهما صاحبه فلا قصاص أيضاً وتجب الدية والكفارة فى التاجرين وفى الاسيرين خلاف ذكرناه فى كتاب السير ولا يشترط ان يكون المقتول مثل القاتل فى كمال الذات وهو سلامة الاعضاء ولا ان يكون مثله فى الشرف والفضيلة فيقتل سليم الاطراف بمقطوع الاطراف والاشل ويقتل العالم بالجاهل والشريف بالوضيع والعاقل بالمجنون والبالغ بالصبى والذكر بالانثى والحر بالعبد والمسلم بالذمى الذى يؤدى الجزية وتجرى عليه أحكام الاسلام وقال الشافعى رحمه الله كون المقتول مثل القاتل فى شرف الاسلام والحرية شرط وجوب القصاص ونقصان الكفر والرق يمنع من الوجوب فلا يقتل المسلم بالذمى ولا الحر بالعبد ولا خلاف فى أن الذمى اذا قتل ذميا ثم أسلم القاتل انه يقتل به قصاصا وكذا العبد اذا قتل عبداً ثم عتق القاتل احتج فى عدم قتل المسلم بالذمى بما روى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال لا يقتل مؤمن بكافر وهذا نص فى الباب ولان فى عصمته شبهة العدم لثبوتها مع القيام المنافى وهو الكفر لانه مبيح فى الاصل لكونه جناية متناهية فيوجب عقوبة متناهية وهو القتل لكونه من أعظم العقوبات الدنيوية الا أنه منع من قتله لغيره وهو نقض العهد الثابت بالذمة فقيامه يورث شبهة ولهذا لا يقتل المسلم بالمستأمن فكذا الذمى ولان المساواة شرط وجوب القصاص ولا مساواة بين المسلم والكافر ألا ترى أن المسلم مشهود له بالسعادة والكافر مشهود له بالشقاء فأنى يتساويان (ولنا) عمومات القصاص من نحو قوله تبارك وتعالى كتب عليكم القصاص فى القتلى وقوله سبحانه وتعالى وكتبنا عليهم فيها ان النفس بالنفس وقوله جلت عظمته ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا من غير فصل بين قتيل وقتيل ونفس ونفس ومظلوم ومظلوم فمن ادعى التخصيص والتقييد فعليه الدليل وقوله سبحانه وتعالى عز من قائل ولكم فى القصاص حياة وتحقيق معنى الحياة فى قتل المسلم بالذمى أبلغ منه فى قتل المسلم بالمسلم لان العداوة الدينية تحمله على القتل خصوصاً عند الغضب ويجب عليه قتله لغرمائه فكانت الحاجة الى الزاجر أمس فكان فى شرع القصاص فيه فى تحقيق معنى الحياة أبلغ وروى محمد بن الحسن رحمهما الله باسناده عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه أقاد مؤمنا بكافر وقال عليه الصلاة والسلام أنا أحق من وفى ذمته وأما الحديث فالمراد من الكافر المستأمن لانه قال عليه الصلاة والسلام لا يقتل مؤمن بكافر ولا ذو عهد فى عهده عطف قوله ولا ذو عهد فى عهده على المسلم فكان معناه لا يقتل مؤمن بكافر ولا ذو عهد به ونحن به نقول أو نحمله على هذا توفيقاً بين الدلائل صيانة لها عن التناقض وأما قوله فى عصمته شبهة العدم ممنوع بل دمه حرام لا يحتمل الاباحة بحال مع قيام الذمة بمنزلة دم المسلم مع قيام الاسلام وقوله الكفر مبيح على الاطلاق ممنوع بل المبيح هو الكفر الباعث على الحراب وكفره ليس بباعث على الحراب فلا يكون مبيحا وقوله لا مساواة بين المسلم والكافر قلنا المساواة فى الدين ليس بشرط ألا ترى أن الذمى اذا قتل ذمياً ثم أسلم القاتل يقتل به قصاصاً ولا

مساواة بينهما فى الدين لكن القصاص محنة امتحنوا الخلق بذلك فكل من كان أقبل بحق الله تعالى واشكر لنعمه كان أولى بهذه المحنة لان العذر له فى ارتكاب المحذور أقل وهو بالوفاء بعهد الله تعالى أولى ونعم الله تعالى فى حقه أكمل فكانت جنايته أعظم واحتج فى قتل الحر بالعبد بقول الله تبارك وتعالى الحر بالحر والعبد بالعبد وفسر القصاص المكتوب فى صدر الآية بقتل الحر بالحر والعبد بالعبد فيجب أن لا يكون قتل الحر بالعبد قصاصاً ولانه لا مساواة بين النفسين فى العصمة لوجهين أحدهما أن الحر آدمى من كل وجه والعبد آدمى من وجه مال من وجه وعصمة الحر تكون له وعصمة المال تكون للمالك والثانى أن فى عصمة العبد شبهة العدم لان الرق أثر الكفر والكفر مبيح فى الاصل فكان فى عصمته شبهة العدم وعصمة الحر تثبت مطلقة فانى يستويان فى العصمة وكذا لا مساواة بينهما فى الفضيلة والكمال لان الرق يشعر بالذل والنقصان والحرية تنبئ عن العزة والشرف (ولنا) عمومات القصاص من غير فصل بين الحر والعبد ولان ما شرع له القصاص وهو الحياة لا يحصل الا بايجاب القصاص على الحر بقتل العبد لان حصوله يقف على حصول الامتناع عن القتل خوفاً على نفسه فلو لم يجب القصاص بين الحر والعبد لا يخشى الحر تلف نفسه بقتل العبد فلا يمتنع عن قتله بل يقدمه عليه عند أسباب حاملة على القتل من الغيظ المفرط ونحو ذلك فلا يحصل معنى الحياة ولا حجة له فى الآية لان فيها أن قتل الحر بالحر والعبد بالعبد قصاص وهذا لا ينفى أن يكون قتل الحر بالعبد قصاصا الا ان التنصيص لا يدل على التخصيص ونظيره قوله عليه الصلاة والسلام البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام والثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة ثم البكر اذا زنى بالثيب وجب الحكم الثابت بالحديث فدل أنه ليس فى ذكر شكل بشكل تخصيص الحكم به يدل عليه أن العبد يقتل بالحر والانثى بالذكر ولو كان التنصيص على الحكم فى نوع موجبا تخصيص الحكم به لما قتل ثم قوله تعالى والانثى بالانثى حجة عليكم لانه قابل الانثى بالانثى مطلقا فيقتضى أن تقتل الحرة بالامة وعندكم لا تقتل فكان حجة عليكم وقوله العبد آدمى من وجه مال من وجه قلنا لا بل آدمى من كل وجه لان الآدمى اسم لشخص على هيئة مخصوصة منسوب الى سيدنا آدم عليه الصلاة والسلام والعبد بهذه الصفة فكانت عصمته مثل عصمة الحر بل فوقها على أن نفس العبد فى الجناية له لا لمولاه بدليل أن العبد لو أقر على نفسه بالقصاص والحد يؤخذ به ولو أقر عليه مولاه بذلك لا يؤخذ به فكان نفس العبد فى الجناية له لا للمولى كنفس الحر بحر وأما قوله الحر أفضل من العبد فنعم لكن التفاوت فى الشرف والفضيلة لا يمنع وجوب القصاص ألا ترى أن العبد لو قتل عبداً ثم أعتق القاتل يقتل به قصاصا وان استفاد فضل الحرية وكذا الذكر يقتل بالانثى وان كان الذكر أفضل من الانثى وكذا لا تشترط المماثلة فى العدد فى القصاص فى النفس وانما تشترط فى الفعل بمقابلة الفعل زجرا وفى الفائت بالفعل جبرا حتى لو قتل جماعة واحدا يقتلون به قصاصا وان لم يكن بين الواحد والعشرة مماثلة لوجود المماثلة فى الفعل والفائت به زجرا وجبرا على ما نذكره ان شاء الله تعالى وأحق ما يجعل فيه القصاص اذا قتل الجماعة الواحد لان القتل لا يوجد عادة الا على سبيل التعاون والاجتماع فلو لم يجعل فيه القصاص لانسد باب القصاص اذ كل من رام قتل غيره استعان بغيره بضمه الى نفسه ليبطل القصاص عن نفسه وفيه تفويت ما شرع له القصاص وهو الحياة هذا اذا كان القتل على الاجتماع فأما اذا كان على التعاقب بأن شق رجل بطنه ثم حز آخر رقبته فالقصاص على الحاز ان كان عمداً وان كان خطأ فالدية على عاقلته لانه هو القاتل لا الشاق ألا ترى أنه قد يعيش بعد شق البطن بأن يخاط بطنه ولا يحتمل أن يعيش بعد حز رقبته عادة وعلى الشاق ارش الشق وهو ثلث الدية لانه جائفة وان كان الشق نفذ من الجانب الآخر فعليه ثلثا الدية فى سنتين فى كل سنة ثلث الدية لانهما جائفتان هذا اذا كان الشق مما يحتمل أن يعيش بعده يوما أو بعض يوم فأما اذا كان لا يتوهم ذلك ولم يبق معه الا غمرات الموت والاضطراب فالقصاص على الشاق لانه القاتل ولا ضمان على الحاز لانه قتل المقتول من حيث المعنى لكنه يعزر لارتكابه جناية ليس لها حد مقدر وكذلك لو جرحه رجل جراحة مثخنة لا يعيش

معها

معها عادة ثم جرحه آخر جراحة أخرى فالقصاص على الاول لانه القاتل لاتيانه بفعل مؤثر فى فوات الحياة عادة فان كانت الجراحتان معا فالقصاص عليهما لانهما قاتلان ولو جرحه أحدهما جراحة واحدة والآخر عشر جراحات فالقصاص عليهما ولا عبرة بكثرة الجراحات لان الانسان قد يموت بجراحة واحدة ولا يموت بجراحات كثيرة والله سبحانه وتعالى أعلم وكذلك الواحد يقتل بالجماعة قصاصا اكتفاء ولا يجب مع القود شىء من المال عندنا وقال الشافعى رحمه الله ينظر أن قتلهم على التعاقب يقتل بالاول قصاصا وتؤخذ ديات الباقين من تركته وان قتلهم معا فله فيه قولان فى قول يقرع بينهم فمن خرجت قرعته يقتل وتجب الدية للباقين وفى قول يجتمع أولياء القتلى فيقتلونه وتقسم ديات الباقين بينهم (وجه) قوله أن المماثلة مشروطة فى باب القصاص ولا مماثلة بين الواحد والجماعة فلا يجوز أن يقتل الواحد بالجماعة على طريق الاكتفاء به فيقتل الواحد بالواحد وتجب الديات للباقين كما لو قطع واحد يمينى رجلين انه لا يقطع بهما اكتفاء بل يقطع باحداهما وعليه ارش الاخرى لما قلنا كذا هذا وكان ينبغى أن لا يقتل الجماعة بالواحد قصاصا الا انا عرفناه ذلك باجماع الصحابة رضى الله تعالى عنهم غير معقول أو معقولا بحكمة الزجر والردع لما يغلب وجود القتل بصفة الاجتماع فتقع الحاجة الى الزجر فيجعل كل واحد منهم قاتلا على الكمال كان ليس معه غيره تحقيقا للزجر وقتل الواحد الجماعة لا يغلب وجوده بل يندر فلم يكن فى معنى ما ورد الشرع به فلا يلحق به وانا نقول حق الاولياء فى القتل مقدور الاستيفاء لهم فلو أوجبنا معه المال لكان زيادة على القتل وهذا لا يجوز والدليل على أن القتل مقدور الاستيفاء لهم أن التماثل فى باب القصاص اما ان يراعى فى الفعل زجرا واما ان يراعى فى الفائت بالفعل جبرا واما ان يراعى فيهما جميعاً وكل ذلك موجود ههنا أما فى الفعل زجرا فلان الموجود من الواحد فى حق كل واحد من الجماعة فعل مؤثر فى فوات الحياة عادة والمستحق لكل واحد من أولياء القتلى قبل القاتل قتله فكان الجزاء مثل الجناية وأما فى الفائت جبرا فلانه بقتله الجماعة ظلماً انعقد سبب هلاك ورثة القتلى لانهم يقصدون قتله طلباً للثار وتشفياً للصدر فيقصدهو قتلهم دفعا للهلاك عن نفسه فتقع المحاربة بين القبيلتين ومتى قتل منهم قصاصا سكنت الفتنة واندفع سبب الهلاك عن ورثتهم فتحصل الحياة لكل قتيل معنى ببقاء حياة ورثته بسبب القصاص فيصير كان القاتل دخر حياة كل قتيل تقديرا بدفع سبب الهلاك عن ورثته فيتحقق الجبر بالقدر الممكن كما فى قتل الواحد بالواحد والجماعة بالواحد من غير تفاوت وأما الذى يرجع الى نفس القتل فنوع واحد وهو ان يكون القتل مباشرة فان كان تسبيبا لا يجب القصاص لان القتل تسبيبا لا يساوى القتل مباشرة والجزاء قتل بطريق المباشرة وعلى هذا يخرج من حفر بئرا على قارعة الطريق فوقع فيها انسان ومات أنه لا قصاص على الحافر لان الحفر قتل سببا لا مباشرة وعلى هذا يخرج شهود القصاص اذا رجعوا بعد قتل المشهود عليه أو جاء المشهود بقتله حيا أنه لا قصاص عليهم عندنا خلافا للشافعى رحمه الله (وجه) قوله أن شهادة الشهود وقعت قتلا لان القتل اسم لفعل مؤثر فى فوات الحياة عادة وقد وجد من الشهود لان شهادتهم مؤثرة فى ظهور القصاص والظهور مؤثر فى وجوب القضاء على القاضى وقضاء القاضى مؤثر فى ولاية الاستيفاء وولاية الاستيفاء مؤثرة فى الاستيفاء طبعا وعادة فكانت فوات الحياة بهذه الوسائط مضافة الى الشهادة السابقة فكانت شهادتهم قتلا تسبيبا والقتل تسبيبا مثل القتل مباشرة فى حق وجوب القصاص كالاكراه على القتل أنه يوجب القصاص على المكره وان لم يكن قتلا بطريق المباشرة لوقوعه قتلا بطريق التسبيب كذا هذا (ولنا) ماذكرنا أن القتل تسبيبا لا يساوى القتل مباشرة لان القتل تسبيبا قتل معنى لا صورة والقتل مباشرة قتل صورة ومعنى والجزاء قتل مباشرة بخلاف الاكراه على القتل لانه قتل مباشرة لانه يجعل المكره آلة المكره كانه أخذه وضرب به على المكره على قتله والفعل لمستعمل الآلة لا للآلة فكان قتلا مباشرة ويضمنون الدية لوجود القتل منهم وهل يرجعون بها على الولى اختلف أصحابنا الثلاثة فيه قال أبو حنيفة عليه الرحمة لا يرجعون وعندهما يرجعون لهما أن الشهود باداء الضمان قاموا مقام المقتول فى ملك بدله ان لم يقوموا مقامه فى ملك

عينه فاشبه غاصب المدبر اذا غصب منه ثم مات فى يد الغاصب الثانى أن للاول أن يرجع على الثانى بما ضمنه المالك لما ذكرنا كذا هذا ولابى حنيفة رحمه الله أن الدية بدل النفس ونفس الحر لا يحتمل التملك فلا يثبت الملك لهم فى البدل بخلاف المدبر لانه محتمل للتملك لكونه قاتلا الا أنه امتنع ثبوت الملك فيه لمعارض وهو التدبير فيثبت فى بدله والله سبحانه وتعالى أعلم وأما الذى يرجع الى ولى القتيل فواحد أيضاً وهو أن يكون الولى معلوما فان كان مجهولا لا يجب القصاص لان وجوب القصاص وجوب للاستيفاء والاستيفاء من المجهول متعذر فتعذر الايجاب له وعلى هذا يخرج ما اذا قتل المكاتب وترك وفاء وورثة أحرارا غير المولى أنه لا قصاص على القاتل بالاجماع لان المولى مشتبه يحتمل أن يكون هو الوارث و يحتمل أن يكون هو المولى لاختلاف الصحابة الكرام رضى الله عنهم فى موته حرا أو عبدا فان مات حرا كان وليه الوارث وان مات عبدا كان وليه المولى وموضع الاختلاف موضع التعارض والاشتباه فلم يكن الولى معلوما فامتنع الوجوب وان اجتمعا ليس لهما أن يستوفيا لان الاشتباه لا يزول بالاجتماع هذا اذا ترك وفاء وورثة غير المولى فاما اذا ترك وفاء ولم يترك ورثة غير المولى فقد اختلف أصحابنا فيه عندهما يجب القصاص للمولى وعند محمد لا يجب القصاص أصلا وهو رواية عن أبى يوسف أيضا وجه قول محمد انه وقع الاشتباه فى سبب ثبوت الولاية لانه ان مات حرا كان سبب ثبوت الولاية القرابة فلا تثبت الولاية للمولى وان مات عبدا كان السبب هو الملك فتثبت الولاية للمولى فوقع الاشتباه فى ثبوت الولاية فلا تثبت ولهما أن من له الحق متعين غير مشتبه لان الاشتباه موجب المزاحمة ولم يوجد ولو قتل ولم يترك وفاء وجب القصاص بالاجماع لان الولى معلوم وهو المولى لانه يموت رقيقا بلا خلاف فكان القصاص للمولى كالعبد القن اذا قتل وكذلك المدبر والمدبرة وأم الولد وولدها بمنزلة العبد القن لانهم قتلوا على ملك المولى فكان الولى معلوما ولو قتل عبد المكاتب فلا قصاص لان المكاتب له نوع ملك وللمولى أيضا فيه نوع ملك فاشتبه الولى فامتنع الوجوب وعلى هذا يخرج ما اذا قطع رجل يد عبد فاعتقه مولاه ثم مات من ذلك انه ان كان للعبد وارث حر غير المولى فلا قصاص لاشتباه ولى القصاص لان القصاص يجب عند الموت مستندا الى القطع السابق والحق عند القطع للمولى لا للورثة وعند ثبوت الحكم وهو الوجوب وذلك عند الموت الحق للوارث لا للمولى فاشتبه المولى فلم يجب القصاص ولو اجتمع المولى مع الوارث فلا قصاص لان الاشتباه لا يزول باجتماعهما فرق بين هذا و بين العبد الموصى برقبته لانسان و بخدمته لآخر قتل واجتمعا أنه يجب القصاص لان هناك لم يشتبه الولى لان لصاحب الرقبة ملكا ولصاحب الخدمة حقا يشبه الملك فلم يشتبه الولى وههنا اشتبه الولى لان وقت القطع لم يكن للوارث فيه حق و وقت الموت لم يكن للمولى فيه حق فصار الولى مشتبها فامتنع الوجوب وان لم يكن وارث سوى المولى فهو على الاختلاق الذى ذكرنا أن على قولهما للمولى أن يستوفى القصاص لان الحق له وقت القطع ووقت الموت وعلى قول محمد ليس له حق الاقتصاص لاشتباه سبب الولاية لان الثابت للمولى وقت القطع كان ولاية الملك و بعد الموت له ولاية العتاقة فاشتبه سبب الولاية هذا اذا كان القطع عمدا فاما اذا كان خطأ فاعتقه ثم مات من ذلك فلا شىء على القاطع غير ارش اليد وهو نصف قيمة العبد واعتاقه اياه بمنزلة برئه فى اليد لتبدل المحل حكما بالاعتاق فتنقطع آية السراية هذا اذا أعتقه المولى بعد القطع عمدا أو خطأ فمات من ذلك فاما اذا لم يعتقه ولكنه دبره أو كانت أمة فاستولدها ثم مات من ذلك فان كان القطع عمدا فللمولى القصاص لان الحق له وقت القطع والموت جميعا فلم يشتبه الولى وان كان خطأ لا تنقطع السراية فيجب نصف القيمة دية اليد و يجب ما نقص بعد الجناية قبل الموت لحصول ذلك فى ملك المولى ولو كاتبه والمسألة بحالها فان كان القطع عمدا ينظر ان مات عاجزا فللمولى القصاص لانه مات عبدا أو ان مات عن وفاء فان كان له وارث يحجب المولى أو يشاركه لا يجب القصاص لاشتباه الولى وعليه ارش اليد لا غير ولو لم يكن له وارث غير المولى فللمولى أن يقتص عندهما وعند محمد ليس له ان يقتص وعليه ارش اليد وان كان القطع خطأ لا شىء على القاطع الا ارش اليد وهو نصف القيمة للمولى وتنقطع السراية

هذا اذا كان القطع قبل الكتابة فان كان بعدها فمات فان كان القطع عمدا ينظر ان مات عاجزا فللمولى ان يقتص لانه مات عبدا وان مات عن وفاء فان كان مع المولى وارث آخر أو غيره يشاركه فى الميراث فلا قصاص لاشتباه الولى وان لم يكن له وارث غير المولى فعلى الاختلاف الذى ذكرنا وان كان القطع خطأ فان مات عاجزا فالقيمة للمولى لانه مات عبدا وان مات عن وفاء فالقيمة للورثة لانه مات حرا والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما كيفية وجوب القصاص فهو انه واجب عينا حتى لا يملك الولى ان يأخذ الدية من القاتل من غير رضاه ولو مات القاتل أو عفا الولى سقط الموجب أصلا وهذا عندنا وللشافعى رحمه الله قولان فى قول القصاص ليس بواجب عينا بل الواجب احد الشيئين غير عين (اما) القصاص (واما) الدية وللولى خيار التعيين ان شاء استوفى القصاص وان شاء أخذ الدية من غير رضا القاتل فعلى هذا القول اذا مات القاتل يتعين المال واجبا فاذا عفا الولى سقط الموجب أصلا وفى قول القصاص واجب عينا لكن للولى ان يأخذ المال من غير رضا القاتل واذا عفا له ان يأخذ المال واذا مات القاتل سقط الموجب أصلا احتج بقوله تعالى فمن عفى له من أخيه شئ فاتباع بالمعروف واداء اليه باحسان معناه فليتبع وليؤد الدية أوجب سبحانه وتعالى على القاتل اداء الدية الى الولى مطلقا عن شرط الرضا لان اداء الدية صيانة النفس عن الهلاك وانه واجب قال الله تعالى جل شأنه ولا تلقوا بأيديكم الى التهلكة ولان ضمان القتل يجب حقا للمقتول لان الجناية وردت على حقه فكان الواجب بها حقاله وحق العبد ما ينتفع به والمقتول لا ينتفع بالقصاص و ينتفع بالمال لانه تقضى منه ديونه وتنفذ منه وصاياه وكان ينبغى أن لا يشرع القصاص أصلا الا أنه شرع لحكمة الزجر لان الانسان لا يمتنع من قتل عدوه خوفا من لزوم المال فشرع ضمانا زاجرا كان ينبغى أن يجمع بينهما كما فى شرب خمر الذمى الا أنه تعذر الجمع لان الدية بدل النفس وفى القصاص معنى البدلية قال الله تبارك وتعالى وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والباء تستعمل فى الابدال فتؤدى الى الجمع بين البدلين وهذا لا يجوز فخير بينهما (ولنا) قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص فى القتلى وهذا يفيد تعين القصاص موجبا و يبطل مذهب الابهام جميعا أما الابهام فلانه أخبر عن كون القصاص واجبا فيصدق القول عليه بأنه واجب وان كان عليه أحد حقين لا يصدق القول على أحدهما بانه أوجب (وأما) التعيين فلانه اذا وجب القصاص على الاشارة اليه بطل القول بوجوب الدية بضرورة النص لانه لا يقابل بالجمع بينهما فبطل القول باختيار الدية من غير رضا القاتل ولان القصاص اذا كان عين حقه كانت الدية بدل حقه وليس لصاحب الحق أن يعدل من غير الحق الى بدله من غير رضا من عليه الحق كمن عليه حنطة موصوفة فاراد صاحب الحق أن يأخذ منه قيمتها من غير رضاه ليس له ذلك كذا هذا وقوله عليه الصلاة والسلام العمد قود وجه الاستدلال به على نحو وجه الاستدلال بالآية الشريفة ولان ضمان العدوان الوارد على حق العبد مقيد بالمثل والقصاص وهو القتل الثانى مثل القتل الاول لانه ينوب مناب الاول و يسد مسده ومثل الشئ غيره الذى ينوب منابه و يسد مسده وأخذ المال لا ينوب مناب القتل ولا يسد مسده فلا يكون مثلا له فلا يصلح ضمانا للقتل العمد وكان ينبغى أن لا يجب أصلا الا ان الوجوب فى قتل الخطأ ثبت شرعا تخفيفا على الخاطئ نظرا له واظهارا لخطر الدم صيانة له عن الهدر والعامد لا يستحق التخفيف والصيانة تحصل بالقصاص فبقى ضمانا أصليا فى الباب (وأما) الآية الشريفة فالمراد من قوله سبحانه وتعالى فمن عفى له من أخيه شئ هو الولى لا القاتل لانه قال الله تبارك وتعالى فمن عفى له والقاتل معفو عنه لا معفو له ولانه قال تعالى اسمه فاتباع بالمعروف فليتبع وانه أمر لمن دخل تحت كلمة فمن ومعلوم أن القاتل لا يتبع أحدا بل هو المتبع وانما المتبع هو الولى فكان هو الداخل تحت كلمة فمن فكان معنى الآية الكريمة فمن بذل له واعطى له من أخيه شئ بطريق الفضل والسهولة فليتبع بالمعروف و يجوز استعمال لفظ العفو بمعنى الفضل لغة قال الله سبحانه وتعالى و يسئلونك ماذا ينفقون قل العفو أى الفضل وتقول العرب خذ ما أتاك عفوا أى فضلا ونحن به نقول انه يجوز أخذ المال من القاتل برضاه وقيل الآية

الشريفة نزلت فى الصلح عن دم العمد وقيل نزلت فى دم بين نفر يعفو أحدهم عن القاتل فللباقين ان يتبعوا بالمعروف فى نصيبهم لانه قال سبحانه وتعالى فمن عفى له من اخيه شىء وهو العفو عن بعض الحق ونحن به نقول أوقع الاحتمال فى المراد بالآية فلا يصح الاحتجاج بها مع الاحتمال وقوله فى دفع الدية صيانة نفس القاتل عن الهلاك وانه واجب قلنا نعم لكن قضيته ان يصير آثما بالامتناع لا ان يملك الولى أخذه من غير رضاه كمن أصابته مخمصة وعند صاحبه طعام يبيعه بمثل قيمته يجب عليه أن يشتريه دفعا للهلاك عن نفسه فان امتنع عن الشراء ليس لصاحب الطعام أن يدفع الطعام اليه و يأخذ الثمن من غير رضاه كذا هذا وقوله المقتول لا ينتفع بالقصاص قلنا ممنوع بل ينتفع به أكثر مما ينتفع بالمال لان فيه احياؤه باكفاء ورثته احياء وهذا لا يحصل بالمال على ماعرف والله تعالى اعلم

﴿فصل﴾ واما بيان من يستحق القصاص فنقول ولا قوة الا بالله المقتول لا يخلو اما ان يكون حرا واما أن يكون عبدا فان كان حرا لا يخلو اما أن يكون له وارث واما ان لم يكن فان كان له وارث فالمستحق للقصاص هو الوارث كالمستحق للمال لانه حق ثابت والوارث اقرب الناس الى الميت فيكون له ثم ان كان الوارث واحدا استحقه وان كان جماعة استحقوه على سبيل الشركة كالمال المو روث عنه وجه قولهما فى تمهيد هذا الاصل ان القصاص موجب الجناية وانها وردت على المقتول فكان موجبها حقاله الا انه بالموت عجز عن الاستيفاء بنفسه فتقوم الورثة مقامه بطريق الارث عنه و يكون مشتركا بينهم ولهذا اتجرى فيه سهام الورثة من النصف والثلث والسدس وغيرذلك كما تجرى فى المال وهذا آية الشركة ولابى حنيفة رضى الله عنه أن المقصود من القصاص هو التشفى وأنه لا يحصل للميت و يحصل للورثة فكان حقالهم ابتداء والدليل على أنه يثبت لكل واحد منهم على الكمال كان ليس معه غيره لا على سبيل الشركة انه حق لا يتجزأ والشركة فيما لا يتجزأ محال اذ الشركة المعقولة هى ان يكون البعض لهذا والبعض لذلك كشريك الارض والدار وذلك فيما لا يتبعض محال والاصل ان مالا يتجزأ من الحقوق اذا ثبت لجماعة وقد وجد سبب ثبوته فى حق كل واحد منهم يثبت لكل واحد منهم على سبيل الكمال كان ليس معه غيره كولاية الانكاح و ولاية الامان وعلى هذا يخرج ما اذا قتل انسان عمدا وله وليان أحدهما غائب فاقام الحاضر البينة على القتل ثم حضر الغائب انه يعيد البينة عنده وعندهما لا يعيد ولا خلاف فى ان القتل اذا كان خطأ لا يعيد وكذلك الدين بان كان لابيهما دين على انسان ووجه البناء على هذا الاصل ان عند أبى حنيفة لما كان القصاص حقا ثابتا للورثة ابتداء كان كل واحد منهما أجنبيا عن صاحبه فيقع اثبات البينة له لا للميت فلا يكون خصما عن الميت فى الاثبات فتقع الحاجة الى إعادة البينة ولما كان حقا موروثا على فرائض الله تبارك وتعالى عندهما والورثة خلفاؤه فى استيفاء الحق يقع الاثبات للميت وكل واحد من آحاد الورثة خصم عن الميت فى حقوقه كما فى الدية والدين فيصح منه اثبات الكل للميت ثم يخلفونه كما فى المال ولو قتل انسان وله وليان وأحدهما غائب وأقام القاتل البينة على الحاضر أن الغائب قد عفا فالشاهد خصم لان تحقق العفو من الغائب يوجب بطلان حق الحاضر عن القصاص فكان القاتل مدعيا على الحاضر بطلان حقه فكان خصماله و يقضى عليه ومتى قضى عليه يصير الغائب مقضيا عليه تبعاله والله تعالى اعلم وان لم يكن للقاتل بينة لم يكن له ان يستحلف الحاضر لان الانسان قد ينتصب خصما عن غيره فى اقامة البينة اما لا ينتصب خصما عن غيره فى اليمين وعلى هذا يخرج القصاص اذا كان بين صغير وكبير ان للكبير ولاية الاستيفاء عنده وعندهما ليس له ذلك و ينتظر بلوغ الصغير ووجه البناء ان عند أبى حنيفة رحمه الله لما كان القصاص حقا ثابتا للورثة ابتداء لكل واحد منهم على سبيل الاستقلال لاستقلال سبب ثبوته فى حق كل واحد منهم وعدم تجزئه فى نفسه ثبت لكل واحد منهم على الكمال كان ليس معه غيره فلا معنى لتوقف الاستيفاء على بلوغ الصغير وعندهما لما كان حقا مشتركا بين الكل فاحد الشريكين لا ينفرد بالتصرف فى محل مشترك بدون رضا شريكه اظهارا لعصمة المحل وتحرزا عن الضرر والصحيح أصل أبى حنيفة

رضى الله عنه لما ذكرنا أن القصاص لا يحتمل التجزئة والشركة فى غير المتجزى محال وانما تثبت الشركة اذا انقلب مالا لان المال محل قابل للشركة على ان أبا حنيفة ان سلم أن القصاص مشترك بين الصغير والكبير فلا بأس بالتسليم لانه يمكن القتل بثبوت ولاية الاستيفاء للكبير فى نصيبه بطريق الاصالة وفى نصيب الصغير بطريق النيابة شرعا كالقصاص اذا كان بين انسان وابنه الصغير والجامع بينهما حاجتهما الى استيفاء القصاص لاستيفاء النفس وعجز الصغير عن الاستيفاء بنفسه وقدرة الكبير على ذلك وكون تصرفه فى النظر والشفقة فى حق الصغير مثل تصرف الصغير بنفسه لو كان أهلا ولهذا يلى الاب والجد استيفاء قصاص وجب كله للصغير فهذا أولى ولابى حنيفة رحمه الله اجماع الصحابة رضى الله تعالى عنهم فانه روى انه لما جرح ابن ملجم لعنه الله سيدنا عليا كرم الله تعالى وجهه فقال للحسن رضى الله عنه ان شئت فاقتله وان شئت فاعف عنه وان تعفو خير لك فقتله سيدنا الحسن رضى الله عنه وكان فى ورثة سيدنا على رضى الله عنه صغار والاستدلال من وجهين أحدهما بقول سيدنا على رضى الله عنه والثانى بفعل سيدنا الحسن رضى الله عنه (أما) الاول فلانه خير سيدنا الحسن رضى الله عنه حيث قال ان شئت فاقتله مطلقا من غير التقييد ببلوغ الصغار (وأما) الثانى فلان الحسن رضى الله عنه قتل ابن ملجم لعنه الله ولم ينتظر بلوغ الصغار وكل ذلك بمحضر من الصحابة الكرام رضى الله عنهم ولم ينقل انه أنكر عليهما أحد فيكون اجماعا وان لم يكن له وارث وكان له مولى العتاقة وهو المعتق فالمستحق للقصاص هو لان مولى العتاقة آخر العصبات ثم ان كان واحدا استحق كله وان كانوا جماعة استحقوه وان كان للمقتول وارث ومولى العتاقة أيضا فلا قصاص لان الولى مشتبه لاشتباه سبب الولاية فالسبب فى حق الوارث هو القرابة وفى حق المولى الولاء وهما سببان مختلفان واشتباه الولى يمنع الوجوب للقصاص وكذلك ان لم يكن له مولى العتاقة وله مولى الموالاة لانه آخر الورثة فجاز ان يستحق القصاص كما يستحق المال وان لم يكن له وارث ولا له مولى العتاقة ولا مولى الموالاة كاللقيط وغيره فالمستحق هو السلطان فى قولهما وقال أبو يوسف رحمه الله لا يستحقه اذا كان المقتول فى دار الاسلام والحجج تأتى فى موضعها ان شاء الله تعالى وان كان المقتول عبدا فالمستحق هو المولى لان الحق قد ثبت وأقرب الناس الى العبد مولاه ثم ان كان المولى واحدا استحق كله وان كان جماعة استحقوه لوجود سبب الاستحقاق فى حق الكل وهو الملك والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان من يلى استيفاء القصاص وشرط جواز استيفائه فولاية استيفاء القصاص تثبت بأسباب منها الوراثة وجملة الكلام فيه ان الوارث لا يخلو اما ان كان واحدا (واما) ان كانوا جماعة فان كان واحدا لا يخلو اما ان كان كبيرا أو اما ان كان صغيرا فان كان كبيرا فله ان يستوفى القصاص لقوله تبارك وتعالى ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا ولوجود سبب الولاية فى حقه على الكمال وهو الوراثة من غير مزاحمة وان كان صغيرا اختلف المشايخ فيه قال بعضهم ينتظر بلوغه وقال بعضهم يستوفيه القاضى وان كانوا جماعة فان كان الكل كبارا فلكل واحد منهم ولاية استيفاء القصاص حتى لو قتله أحدهم صار القصاص مستوفى لان القصاص ان كان حق الميت فكل واحد من آحاد الورثة خصم فى استيفاء حق الميت كما فى المال واذا كان حق الورثة ابتداء كما قال أبو حنيفة رحمه الله فقد وجد سبب ثبوت الحق فى حق كل واحد منهم الا أن حضور الكل شرط جواز الاستيفاء وليس للبعض ولاية الاستيفاء مع غيبة البعض لان فيه احتمال استيفاء ما ليس بحق له لاحتمال العفو من الغائب والى هذا أشار محمد رحمه الله فقال لا أدرى لعل الغائب عفا وكذا اذا كان الكل حضورا لا يجوز لهم ولا لاحدهم أن يوكل فى استيفاء القصاص على معنى أنه لا يجوز للوكيل استيفاء القصاص مع غيبة الموكل لاحتمال أن الغائب قد عفا ولان فى اشتراط حضرة الموكل رجاء العفو منه عند معاينة حلول العقوبة بالقاتل وقد قال الله تعالى وان تعفوا أقرب للتقوى ولا تنسوا الفضل بينكم (فاما) الاستيفاء بالوكيل فجائز اذا كان الموكل حاضرا على ماذكر وان كان فيهم صغير وكبير فان كان الكبير هو الاب بان كان القصاص مشتركا بين الاب وابنه الصغير فللاب أن يستوفى بالاجماع لانه لو كان

لم يقاصص كان للاب أن يستوفيه فههنا أولى وان كان الكبير غير الاب بأن كان أخا فللكبير أن يستوفى قبل بلوغ الصغير عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف والشافعى رحمهما الله تعالى ليس له ذلك قبل بلوغ الصغير والكلام فيه يرجع الى أصل ذكرناه بدلائله فيما تقدم ومنها الابوة فللاب والجد أن يستوفى قصاصا وجب للصغير فى النفس وفيما دون النفس لان هذه ولاية نظر ومصلحة كولاية الانكاح فتثبت لمن كان مختصا بكمال النظر والمصلحة فى حق الصغير (وأما) الوصى فلا يلى استيفاء القصاص فى النفس بان قتل شخص عبد اليتيم لان تصرف الوصى لا يصدر عن كمال النظر والمصلحة فى حق الصغير لقصور فى الشفقة الباعثة عليه بخلاف الاب والجد وله أن يستوفى القصاص فيما دون النفس لان مادون النفس يسلك به مسلك الاموال على ماذكر وللوصى ولاية استيفاء المال (ومنها) الملك المطلق وقت القتل فللمولى أن يستوفى القصاص اذا قتل مملوكه اذ لم يكن فى استيفاء القصاص ابطال حق الغير من غير رضاه لان الحق قد ثبت له وهو أقرب الناس اليه فله أن يستوفيه وكذا اذا قتل مدبره ومدبرته وأم ولده وولدها لان التدبير والاستيلاد لا يوجب زوال الملك وكذا اذا قتل المكاتب ولم يترك وفاء لانه مات رقيقا فكان ملك المولى قائما وقت القتل وذكر فى المنتقى عند أبى حنيفة رضى الله عنه فى معتق البعض اذا قتل عاجزا أنه لا قصاص ففرق بينه وبين المكاتب (ووجه) الفرق أن موت المكاتب عاجزا يوجب انفساخ الكتابة وجعلها كأن لم تكن فالقتل صادفه وهو قن وموت معتق البعض لا يوجب انفساخ العتاق اذ الاعتاق بعد وجوده لا يحتمل الفسخ فالقتل صادفه ولا ملك للمولى فى كله ولو قتل المكاتب وترك وفاء وورثة احرارا سوى المولى لا قصاص بالاجماع لانه لا يستوفيه المولى لوقوع الشك فى قيام المولى وقت القتل ولا الوارث لاحتمال أنه مات عبدا لاختلاف الصحابة رضى الله تعالى عنهم أنه يموت حرا أو عبدا فامتنع الوجوب وان لم يكن له وارث حر غير المولى فله أن يستوفى القصاص عندهما خلافا لمحمد وقد ذكرنا المسئلة ولو قتل العبد فى يد البائع قبل القبض فان اختار المشترى اجازة البيع فله ولاية الاستيفاء بالاجماع لان الملك كان له وقت القتل وقد تقرر بالاجازة فكان له أن يستوفى وان اختار فسخ البيع فللبائع أن يستوفى القصاص فى قول أبى حنيفة رضى الله عنه وقال أبو يوسف للبائع القيمة ولا قصاص له (وجه) قوله ان الملك لم يكن ثابتا له وقت القتل وانما حدث بعد ذلك بالفسخ والسبب حين وجوده لم ينعقد موجبا الحكم له فلا يثبت له بمعنى وجد بعد ذلك ولابى حنيفة رحمه الله ان رد البيع فسخ له من الاصل وجعل اياه كان لم يكن فاذا انفسخ من الاصل تبين أن الجناية وردت على ملك البائع فيوجب القصاص له فكان له أن يستوفى وليس للمشترى ولاية الاستيفاء لهذا المعنى أن بالفسخ يظهر ان العبد وقت القتل لم يكن على ملك البائع ولو قتل العبد الذى هو بدل الصداق فى يد الزوج أو بدل الخلع فى يد المرأة أو بدل الصلح عن دم العمد فى يدى الذى صالح عليه فذلك بمنزلة البيع لان المستحق للصداق و بدل الخلع والصلح ان اختار اتباع القاتل فقد تقرر ملكه فيجب القصاص له وان طالب بالقيمة فالملك فى العبد قد انفسخ فيجب القصاص للآخر على ماذكرنا فى البيع ولو قتل فى يد المشترى وللمشترى خيار الشرط أو خيار الرؤية فالقصاص للمشترى قبض البائع الثمن أو لم يقبض لان الخيار قد سقط بموت العبد وانبرم البيع وتقرر الملك فيه للمشترى فوجب القصاص له فكان له ان يستوفى القصاص كما اذا قتل فى يده ولا خيار فى البيع أصلا ولو كان الخيار للبائع فان شاء اتبع القاتل فقتله قصاصا وان شاء ضمن المشترى القيمة (أما) اختيار اتباع القاتل فلان العبد وقت القتل كان ملكا له (وأما) اختيار تضمين المشترى القيمة فلانه كان مضمونا فى يده بالقيمة ألا ترى لو هلك بنفسه فى يده كان عليه قيمته ولا قصاص للمشترى وان هلك العبد بالضمان لان الملك ثبت له بطريق الاستناد والمستند يظهر من وجه و يقتصر من وجه فشبه الظهور يقتضى وجوب القصاص له وشبه الاستناد يقتضى أن لا يجب فتمكنت الشبهة فى الوجوب له فلا يجب وكذا العبد المغصوب اذا قتل فى يدى الغاصب واختار المالك تضمينه لم يكن للغاصب القصاص لما قلنا ولو قتل عبد موصى برقبته لرجل و بخدمته لآخر لم ينفرد أحدهما باستيفاء القصاص لان الموصى له بالخدمة

لاملك له فى الرقبة فلا يملك الاستيفاء بنفسه والموصى له بالرقبة وان ملك الرقبة لكن فى استيفاء القصاص ابطال حق الموصى له بالخدمة لا الى بدل هو مال فلا يملك ابطال حقه عليه من غير رضاه واذا اجتمعا فللموصى له بالرقبة أن يستوفى لان المطلق للاستيفاء موجود وهو قيام ملك الرقبة والامتناع كان لحق الموصى له بالخدمة فاذا رضى بسقوط حقه فقد زال المانع ولو قتل العبد المرهون فى يد المرتهن لم يكن لواحد منهما أن ينفرد باستيفاء القصاص (أما) المرتهن فظاهر لان ملك الرقبة لم يكن ثابتا له وقت القتل فلم يوجد سبب ثبوت ولاية الاستيفاء فى حقه (وأما) الراهن فلان استيفاءه يتضمن ابطال حق المرتهن فى الدين من غير رضاه لان الرهن يصير هالكا من غير بدل لان العبد انما كان رهنا من حيث انه مال والقصاص لا يصلح بدلا عن المالية لانه ليس بمال فيصير الرهن هالكا من غير بدل فيسقط دينه فكان فى استيفائه القصاص ابطال حق المرتهن من غير رضاه وهذا لا يجوز ولو اجتمعا ذكر الكرخى رحمه الله ان للراهن أن يستوفى القصاص عند أبى حنيفة رحمه لان الامتناع كان لحق المرتهن وقد رضى بسقوطه وعند محمد ليس له أن يستوفى وان اجتمعا على الاستيفاء وذكر القاضى فى شرحه مختصر الطحاوى رحمه الله أنه لا قصاص على قاتله ولم يذكر الخلاف وقد ذكرنا وجه كل من ذلك فى كتاب الرهن (ومنها) الولاء اذا لم يكن لمولى الاسفل وارث لان الولاء سبب الولاية فى الجملة ألا ترى أن مولى العتاقة يزوج بالاجماع لانه آخر العصبات ومولى الموالاة يزوج على أصل أبى حنيفة رضى الله عنه لانه آخر الورثة فان كان له وارث فلا قصاص لاشتباه الولى فلا يتصور الاستيفاء (ومنها) السلطنة عند عدم الورثة والملك والولاء كاللقيط ونحوه اذا قتل وهذا قولهما وقال أبو يوسف رحمه الله ليس للسلطان أن يستوفى اذا كان المقتول من أهل دار الاسلام وله أن يأخذ الدية وان كان من أهل دار الحرب فله أن يستوفى القصاص وله أن يأخذ الدية (وجه) قوله ان المقتول فى دار الاسلام لا يخلو عن ولى له عادة الا أنه ربما لا يعرف وقيام ولاية الولى تمنع ولاية السلطان وبهذا لا يملك العفو بخلاف الحربى اذا دخل دار الاسلام فاسلم أن الظاهر ان لا ولى له فى دار الاسلام ولهما أن الكلام فى قتيل لم يعرف له ولى عند الناس فكان وليه السلطان لقوله عليه الصلاة والسلام السلطان ولى من لا ولى له وقد روى أنه لما قتل سيدنا عمر رضى الله عنه خرج الهرمزان والخنجر فى يده فظن عبيد الله أن هذا الذى قتل سيدنا عمر رضى الله عنه فقتله فرفع ذلك الى سيدنا عثمان رضى الله عنه فقال سيدنا على رضى الله عنه لسيدنا عثمان اقتل عبيد الله فامتنع سيدنا عثمان رضى الله عنه وقال كيف أقتل رجلا قتل أبوه أمس لا أفعل ولكن هذا رجل من أهل الارض وانا وليه أعفو عنه وأؤدى ديته وأراد بقوله أعفو عنه وأؤدى ديته الصلح على الدية وللامام أن يصالح على الدية الا أنه لا يملك العفو لان القصاص حق المسلمين بدليل أن ميراثه لهم وانما الامام نائب عنهم فى الاقامة وفى العفو اسقاط حقهم أصلا ورأسا وهذا لا يجوز ولهذا لا يملكه الاب والجد وان كانا يملكان استيفاء القصاص وله أن يصالح على الدية كما فعل سيدنا عثمان رضى الله عنه والله تعالى الموفق بالصواب

﴿فصل﴾ وأما بيان ما يستوفى به القصاص وكيفية الاستيفاء فالقصاص لا يستوفى الا بالسيف عندنا وقال الشافعى رحمه الله يفعل به مثل ما فعل فان مات والا تحز رقبته حتى لو قطع يد رجل عمدا فمات من ذلك فان الولى يقتله وليس له أن يقطع يده عندنا وعنده تقطع يده فان مات فى المدة التى مات الاول فيها والا تحز رقبته (وجه) قوله أن مبنى القصاص على المماثلة فى الفعل لانه جزاء الفعل فيشترط أن يكون مثل الفعل الاول وذلك فيما قلنا وهو أن يفعل به مثل ما فعل هو والموجود منه القطع فيجب أن يجازى بالقطع والظاهر فى القطع عدم السراية فان اتفقت السراية والا تحز رقبته ويكون الحز تتميما للفعل الاول لا جزاء مبتدأ (ولنا) قوله عليه الصلاة والسلام لا قود الا بالسيف والقود هو القصاص والقصاص هو الاستيفاء فكان هذا نفى استيفاء القصاص بالسيف ولان القطع اذا اتصلت به السراية تبين أنه وقع قتلا من حين وجوده فلا يجازى الا بالقتل فلو قطع ثم احتيج الى الحز كان ذلك جمعا بين القتل والحز فلم

يكن مجازاة بالمثل وقوله الحز يقع تتميما للقطع فاسد لان المتمم للشيء من توابعه والحز قتل وهو أقوى من القطع فكيف يكون من تمامه وان أراد الولى أن يقتل بغير السيف لا يمكن لما قلنا ولو فعل يعزر لكن لا ضمان عليه و يصير مستوفيا باى طريق قتله سواء قتله بالعصا أو بالحجر أو ألقاه من السطح او ألقاه فى البئر أو ساق عليه دابة حتى مات ونحو ذلك لان القتل حقه فاذا قتله فقد استوفى حقه بأى طريق كان الا أنه يأثم بالاستيفاء لا بطريق مشروع لمجاوزته حد الشرع وله أن يقتل بنفسه و بنائبه بان يامر غيره بالقتل لان كل أحد لا يقدر على الاستيفاء بنفسه اما لضعف بدنه أو لضعف قلبه أو لقلة هدايته اليه فيحتاج الى الانابة الا أنه لابد من حضوره عند الاستيفاء لما ذكرنا فيما تقدم ثم اذا قتله المأمور والآمر حاضر صار مستوفيا ولا ضمان عليه فاما اذا قتله والآمر غير حاضر وأنكر ولى هذا القتيل الامر فانه يجب القصاص على القاتل ولا يعتبر تصديق الولى لان القتل عمدا سبب لوجوب القصاص فى الاصل فلو خرج من أن يكون سببا انما يخرج بالامر وقد كذبه ولى هذا القتيل فى الامر وتصديق ولى القصاص غير معتبر لانه صدقه بعد ما بطل حقه عن القصاص لفوات محله فصار أجنبيا عنه فلا يعتبر تصديقه فلم يثبت الامر فبقى القتل العمد موجبا للقصاص ولو حفر بئرا فى دار انسان فوقع فيها انسان ومات فادعى ولى القتيل الدية فقال الحافر حفرته باذن صاحب الدار وصدقه صاحب الدار فى ذلك فلا ضمان على الحافر و يعتبر تصديقه لانه صدقه فى فعل يملك انشاء الامر به للحال وهو الحفر فى ملكه فلم يكن هذا تصديقا بعد فوات المحل فاعتبر بخلاف الاول والله تعالى أعلم بالصواب

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما يسقط القصاص بعد وجوبه فالمسقط له أنواع منها فوات محل القصاص بان مات من عليه القصاص بآفة سماوية لانه لا يتصور بقاء الشيء فى غير محله واذا سقط القصاص بالموت لا تجب الدية عندنا لان القصاص هو الواجب عينا عندنا وهو أحد قولى الشافعى رحمه الله وعلى قوله الآخر تجب الدية وقد بينا فساده فيما تقدم وكذا اذا قتل من عليه القصاص بغير حق أو بحق بالردة والقصاص بان قتل انسانا فقتل به قصاصا يسقط القصاص ولا يجب المال لما قلنا وكذلك القصاص الواجب فيما دون النفس اذا فات ذلك العضو بآفة سماوية أو قطع بغير حق يسقط القصاص من غير مال عندنا لما قلنا وان قطع بحق بان قطع يد غيره فقطع به أو سرق مال انسان فقطع يسقط القصاص أيضا لفوات محله لكن يجب ارش اليد فيقع الفرق فى موضعين أحدهما بين القتل والقطع بحق والثانى بين القطع بغير حق و بين القطع بحق والفرق انه اذا قطع طرفه بحق فقد قضى به حقا واجبا عليه فجعل كالقائم وجعل صاحبه ممسكا له تقديرا كانه أمسكه حقيقة وتعذر استيفاء القصاص لعذر الخطا ونحو ذلك وهناك يجب الارش كذا هذا وهذا المعنى لم يوجد فيما اذا قطع بغير حق لانه لم يقض حقا واجبا عليه وفى القتل ان قضى حقا واجبا عليه لكن لا يملك ان يجعل ممسكا للنفس بعد موته تقديرا لانه لا يتصور حقيقة بخلاف الطرف والله تعالى أعلم ومنها العفو والكلام فيه فى ثلاثة مواضع أحدها فى بيان ركنه والثانى فى بيان شرائط الركن والثالث فى بيان حكمه أما ركنه فهو أن يقول العافى عفوت أو أسقطت أو أبرأت أو وهبت وما يجرى هذا المجرى وأما الشرائط فمنها ان يكون العفو من صاحب الحق لانه اسقاط الحق واسقاط الحق ولا حق محال فلا يصح العفو من الاجنبى لعدم الحق ولا من الاب والجد فى قصاص وجب للصغير لان الحق للصغير لا لهما وانما لهما ولاية استيفاء حق وجب للصغير ولان ولايتهما مقيدة بالنظر للصغير والعفو ضرر محض لانه اسقاط الحق أصلا ورأسا فلا يملكانه ولهذا لا يملكه السلطان فيما له ولاية الاستيفاء على ما بينا والله تعالى أعلم ومنها ان يكون العافى عاقلا (ومنها) ان يكون بالغا فلا يصح العفو من الصبى والمجنون وان كان الحق ثابتا لهما لانه من التصرفات المضرة المحضة فلا يملكانه كالطلاق والعتاق ونحو ذلك (وأما) حكم العفو فالعفو فى الاصل لا يخلو اما ان يكون من الولى واما ان يكون من المجروح فان كان من الولى لا يخلو من ان يكون منه بعد الموت أو قبل الموت بعد الجرح فان كان بعد الموت فاما ان يكون الولى واحدا واما ان يكون أكثر فان كان واحدا بان كان القاتل

والمقتول

والمقتول واحد افعفا عن القاتل سقط القصاص لان استيفاءه لتحقق معنى الحياة وهذا المعنى يحصل بدون الاستيفاء بالعفو لانه اذا عفا فالظاهر انه لا يطلب الثار بعد العفو فلا يقصد قتل القاتل فلا يقصد القاتل قتله فيحصل معنى الحياة بدون الاستيفاء فيسقط القصاص لحصول ماشرع له استيفاؤه بدونه وهكذا قال الحسن رحمه الله فى تأويل قوله تعالى ومن أحياها فكأنما أحيا الناس جميعا أى من أحياها بالعفو وقيل فى قوله تبارك وتعالى ذلك تخفيف من ربكم ورحمة ان ذلك العفو والصلح على ماقيل ان حكم التوراة القتل لا غير وحكم الانجيل العفو بغير بدل لا غير فخفف سبحانه وتعالى على هذه الامة فشرع العفو بلا بدل أصلا والصلح ببدل سواء عفا عن الكل أو عن البعض لان القصاص لا يتجزأ وذكر البعض فيما لا يتبعض ذكر الكل كالطلاق وتسليم الشفعة وغيرهما واذا سقط القصاص بالعفو لا ينقلب مالا عندنا لان حق الولى فى القصاص عينا وهو أحد قولى الشافعى رحمه الله وقد أسقطه لا الى بدل ومن له الحق اذا أسقط حقه مطلقا وهو من أهل الاسقاط والمحل قابل للسقوط يسقط مطلقا كالابراء عن الدين ونحو ذلك وعلى قوله الآخر الواجب أحدهما فاذا عفا عن القصاص انصرف الى الواجب تصحيحا لتصرفه كمن له على آخر دراهم أو دنانير ولا ينوى أحدهما بعينه فابرأه المديون عن أحدهما ليس له ان يطالبه بالآخر لما قلنا كذا هذا ولو عفا عنه ثم قتله بعد العفو يجب عليه القصاص عند عامة العلماء رضى الله تعالى عنهم وقال بعض الناس لا يجب واحتجوا بقوله تبارك وتعالى فمن اعتدى بعد ذلك فله عذاب أليم جعل جزاء المعتدى وهو القاتل بعد العفو العذاب الاليم وهو عذاب الآخرة نستجير بالله سبحانه وتعالى من هوله فلو وجب القصاص فى الدنيا لصار المذكور بعض الجزاء ولان القصاص فى الدنيا يرفع عذاب الآخرة لقوله عليه الصلاة والسلام السيف محاء للذنوب وفيه نسخ الآية الشريفة (ولنا) عمومات القصاص من غير فصل بين شخص وشخص وحال وحال الا شخصا أو حالا قيد بدليل وكذا الحكمة التى لها شرع القصاص وهو الحياة على ما بينا يقتضى الوجوب وأما الآية فقد قيل فى بعض وجوه التأويل ان العذاب الاليم ههنا هو القصاص فان القتل غاية العذاب الدنيوى فى الايلام فعلى هذا التأويل كانت الآية حجة عليهم وتحتمل هذا وتحتمل ما قالوا فلا تكون حجة مع الاحتمال وان كان القصاص أكثر بان قتل رجلان واحدا فان عفا عنهما سقط القصاص أصلا لما ذكرنا وان عفا عن أحدهما سقط القصاص عنه وله أن يقتل الآخر لانه استحق على كل واحد منهما قصاصا كاملا والعفو عن أحدهما لا يوجب العفو عن الآخر وذكر فى المنتقى عن أبى يوسف رحمه الله انه يسقط القصاص عنهما لان طريق ايجاب القصاص عليهما ان يجعل كل واحد منهما قاتلا على الانفراد كان ليس معه غيره اذ القتل تفويت الحياة ولا يتصور تفويت حياة واحدة من كل واحد منهما على الكمال فيجعل كل واحد منهما قاتلا على الانفراد ويجعل قتل صاحبه عدما فى حقه فاذا عفا عن أحدهما والعفو عن القاتل جعل فعل الآخر عدما تقديرا فيورث شبهة والقصاص لا يستوفى مع الشبهة وهذا ليس بسديد لان طريق ايجاب القصاص عليهما ليس ما ذكر وليس القتل اسما لتفويت الحياة بل هو اسم لفعل مؤثر فى فوات الحياة عادة وهذا حصل لكل واحد منهما على الكمال فالعفو عن أحدهما لا يؤثر فى الآخر هذا اذا كان الولى واحدا فاما اذا كان اثنين أو أكثر فعفا أحدهما سقط القصاص عن القاتل لانه سقط نصيب العافى بالعفو فيسقط نصيب الآخر ضرورة أنه لا يتجزأ اذ القصاص قصاص واحد فلا يتصور استيفاء بعضه دون بعض وينقلب نصيب الآخر مالا باجماع الصحابة الكرام رضى الله تعالى عنهم فانه روى عن عمر وعبد الله بن مسعود وابن عباس رضى الله تعالى عنهم انهم أوجبوا فى عفو بعض الاولياء الذين لم يعفوا نصيبهم من الدية وذلك بمحضر من الصحابة رضى الله تعالى عنهم ولم ينقل انه أنكر أحد عليهم فيكون اجماعا وقيل ان قوله تبارك وتعالى فمن عفى له من أخيه شىء نزلت فى دم بين شركاء يعفو أحدهم عن القاتل فللآخرين ان يتبعوه بالمعروف فى نصيبهم لانه قال سبحانه وتعالى فمن عفى له من أخيه شىء وهذا العفو عن بعض الحق ويكون نصيب الآخر وهو

نصف الدية فى مال القاتل لان القتل عمد الا انه تعذر استيفاء القصاص لما ذكرنا والعاقلة لا تعقل العمد ويؤخذ منه فى ثلاث سنين عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر فى سنتين (وجه) قوله ان الواجب نصف الدية فيؤخذ فى سنتين كما لو قطع يد انسان خطأ ووجب عليه نصف الدية انه يؤخذ فى سنتين كذا ههنا (ولنا) ان الواجب جزء مما يؤخذ فى ثلاث سنين وحكم الجزء حكم الكل بخلاف القطع فان الواجب هناك كل لا جزء لان كل دية يد واحدة هذا القدر الا انه قدر كل ديتها بنصف دية النفس وهذا لا ينفى ان يكون كل دية الطرف ولو عفا أحدهما فقتله الآخر ينظر ان قتله ولم يعلم بالعفو أو علم به لكنه لم يعلم بالحرمة لا قصاص عليه عند أصحابنا الثلاثة رحمهم الله وعند زفر رحمه الله عليه القصاص (وجه) قوله انه قتل نفسا بغير حق لان عصمته عادت بالعفو ألا ترى انه حرم قتله فكانت مضمونة بالقصاص كما لو قتله قبل وجود القتل منه فلو سقط انما سقط بالشبهة ومطلق الظن لا يورث شبهة كما لو قتل انسانا وقال ظننت انه قاتل أبى (ولنا) ان فى عصمته شبهة العدم فى حق القاتل لانه قتله على ظن ان قتله مباح له وهو ظن مبنى على نوع دليل وهو ما ذكرنا ان القصاص وجب حقا للمقتول وكل واحد من الاولياء بسبيل من استيفاء حق وجب للمقتول فالعفو من أحدهما ينبغى ان لا يؤثر فى حق الآخر ولان سبب ولاية الاستيفاء وجد فى حق كل واحد منهما على الكمال وهو القرابة فينبغى ان لا يؤثر عفو أحدهما فى حق صاحبه الا انه امتنع هذا الدليل عن العمل باجماع الصحابة رضى الله تعالى عنهم على ما بينا فقيامه يورث شبهة عدم العصمة والشبهة فى هذا الباب تعمل عمل الحقيقة فتمنع وجوب القصاص ويجب عليه نصف الدية لان القصاص اذا تعذر ايجابه للشبهة وجب عليه كمال الدية كان على القاتل نصف الدية فصار النصف قصاصا بالنصف فيوجب عليه النصف الآخر ويكون فى ماله لا على العاقلة لانه وجب بالقتل وهو عمد والعاقلة لا تعقل العمد وان علم بالعفو والحرمة يجب عليه القصاص لان المانع من الوجوب الشبهة وانها نشأت عن الظن ولم يوجد فزال المانع وله على المقتول نصف الدية لانه قد كان انقلب نصيبه مالا بعفو صاحبه فبقى ذلك على المقتول هذا اذا كان القصاص الواحد مشتركا بينهما فعفا أحدهما عن نصيبه فاما اذا وجب لكل واحد منهما قصاص كامل قبل القاتل بان قتل واحد رجلين فعفا أحدهما عن القاتل لا يسقط قصاص الآخر لان كل واحد منهما استحق عليه قصاصا كاملا ولا استحالة له فى ذلك لان القتل ليس تفويت الحياة ليقال ان الحياة الواحدة لا يتصور تفويتها من اثنين بل هو اسم لفعل مؤثر فى فوات الحياة عادة وهذا يتصور من كل واحد منهما فى محل واحد على الكمال فعفو أحدهما عن حقه وهو القصاص لا يؤثر فى حق صاحبه بخلاف القصاص الواحد المشترك والله سبحانه وتعالى أعلم هذا اذا عفا الولى عن القاتل بعد موت وليه (فأما) اذا عفا عنه بعد الجرح قبل الموت فالقياس ان لا يصح عفوه وفى الاستحسان يصح (وجه) القياس أن العفو عن القتل يستدعى وجود القتل والفعل لا يصير قتلا الا بفوات الحياة عن المحل ولم يوجد فالعفو لم يصادف محله فلم يصح وللاستحسان وجهان أحدهما ان الجرح متى اتصلت به السراية تبين انه وقع قتلا من حين وجوده فكان عفوا عن حق ثابت فيصح ولهذا لو كان الجرح خطأ فكفر بعد الجرح قبل الموت ثم مات جاز التكفير والثانى ان القتل ان لم يوجد للحال فقد وجد سبب وجوده وهو الجرح المفضى الى فوات الحياة والسبب المفضى الى الشىء يقام مقام ذلك الشىء فى أصول الشرع كالنوم مع الحدث والنكاح مع الوطء وغير ذلك ولانه اذا وجد سبب وجود القتل كان العفو تعجيل الحكم بعد وجود سببه وانه جائز كالتكفير بعد الجرح قبل الموت فى قتل الخطأ والله سبحانه وتعالى أعلم وكذلك العفو من المولى واحدا كان أو أكثر والعفو من الوارث سواء فى جميع ما وصفنا الا ان فى القصاص بين المولين اذا عفا أحدهما فللآخر حصته من قيمة العبد وههنا من الدية لان القيمة فى دم العمد كالدية فى دم الحر (فأما) فيما وراء ذاك فلا يختلفان هذا كله اذا كان العفو من المولى أو من الولى فأما اذا كان من المجروح بان كان المجروح عبدا لا يصح عفوه لان القصاص يجب حقا للمولى لا له وان كان حرا فان عفا عن القتل ثم مات

صح استحسانا والقياس ان لا يصح (وجه) القياس والاستحسان على نحو ما ذكرنا وان عفا عن القطع أو الجراحة أو الشجة أو الجناية ثم مات أولا فجملة الكلام فيه ان الجرح لا يخلو اما ان يكون عمدا أو خطأ فان كان عمدا فالمجروح لا يخلو اما ان يقول عفوت عن القطع أو الجراحة أو الشجة أو الضربة وهذا كله قسم واحد (واما) ان يقول عفوت عن الجناية والقسم الاول لا يخلو (اما) ان ذكر معه وما يحدث منها (واما) ان لم يذكر وحال المجروح لا يخلو (اما) ان برئ وصح (واما) ان مات من ذلك فان برئ من ذلك صح العفو في الفصول كلها لان العفو وقع عن ثابت وهو الجراحة أو موجبها وهو الارش فيصح وان سرى الى النفس ومات فان كان العفو بلفظ الجناية أو بلفظ الجراحة وما يحدث منها صح بالاجماع ولا شئ على القاتل لان لفظ الجناية يتناول القتل وكذا لفظ الجراحة وما يحدث منها فكان ذلك عفواً عن القتل فيصح وان كان بلفظ الجراحة ولم يذكر وما يحدث منها لم يصح العفو في قول أبي حنيفة رضي الله عنه والقياس ان يجب القصاص وفي الاستحسان تجب الدية في مال القاتل وعندهما يصح العفو ولا شئ على القاتل (وجه) قولهما ان السراية اثر الجراحة والعفو عن الشئ يكون عفوا عن أثره كما اذا قال عفوت عن الجراحة وما يحدث منها ولابي حنيفة رضي الله عنه وجهان أحدهما انه عفا عن غير حقه فان حقه في موجب الجناية لا في عينها لان عينها عرض لا يتصور بقاؤها فلا يتصور العفو عنها ولان عينها جناية وجدت من الخارج والجناية لا تكون حق المجني عليه فكان هذا عفوا عن موجب الجراحة وبالسراية يتبين انه لا موجب لهذه الجراحة لان عند السراية يجب موجب القتل بالاجماع وهو القصاص ان كان عمدا والدية ان كان خطأ ولا يجب الارش وقطع اليد مع موجب القتل لان الجمع بينهما غير مشروع والثاني ان كان العفو عن القطع والجرح صحيح لكن القطع غير والقتل غير فالقطع ابانة الطرف والقتل فعل مؤثر في فوات الحياة عادة وموجب أحدهما القطع والارش وموجب الآخر القتل والدية والعفو عن أحد الغيرين لا يكون عفواً عن الآخر في الاصل فكان القياس ان يجب القصاص لوجود القتل العمد وعدم ما يسقطه الا انه سقط للشبهة فتجب الدية وتكون في ماله لانها وجبت بالقتل العمد والعاقلة لا تعقل العمد هذا اذا كان القتل عمدا فاما اذا كان خطأ فان برئ من ذلك صح العفو بالاجماع ولا شئ على القاطع سواء كان بلفظ الجناية أو الجراحة وذكر وما يحدث منها أو لم يذكر لما قلنا وان سرى الى النفس فان كان بلفظ الجناية أو الجراحة وما يحدث منها صح أيضا لما ذكرنا ثم ان كان العفو في حال صحة المجروح بان كان يذهب ويجئ ولم يصر صاحب فراش يعتبر من جميع ماله وان كان في حال المرض بأن صار صاحب فراش يعتبر عفوه من ثلث ماله لان العفو تبرع منه وتبرع المريض مرض الموت يعتبر من ثلث ماله فان كان قدر الدية يخرج من الثلث سقط ذلك القدر عن العاقلة وان كان لا يخرج كله من الثلث فثلثه يسقط عن العاقلة وثلثاه يؤخذ منهم وان كان بلفظ الجراحة ولم يذكر وما يحدث منها لم يصح العفو والدية على العاقلة عند أبي حنيفة وعندهما يصح العفو وهذا وقوله عفوت عن الجراحة وعن الجناية وما يحدث منها سواء وقد بينا حكمه والله سبحانه وتعالى أعلم ولو كان مكان العفو صلح بان صالح من القطع أو الجراحة على مال فهو على التفصيل الذي ذكرنا أنه ان برئ المجروح فالصلح صحيح بأي لفظ كان وسواء كان القطع عمدا أو خطأ لان الصلح وقع عن حق ثابت فيصح وان سرى الى النفس فان كان الصلح بلفظ الجناية أو بلفظ الجراحة وما يحدث منها فالصلح صحيح أيضا لانه صلح عن حق ثابت وهو القصاص وان كان بلفظ الجراحة ولم يذكر وما يحدث منها فعند أبي حنيفة رحمه الله لا يصح الصلح ويؤخذ جميع الدية من ماله في العمد وان كان خطأ يرد بدل الصلح وتجب جميع الدية على العاقلة والله سبحانه وتعالى أعلم ولو كان مكان الصلح نكاح بان قطعت امرأة يد رجل أو جرحته فتزوجها على ذلك فهو على ما ذكرنا من التفاصيل انه ان برئ من ذلك جاز النكاح وصار ارش ذلك مهرا لها لانه تبين أن موجب ذلك الارش سواء كان القطع عمدا أو خطأ لان القصاص بين الذكور والاناث لا يجري فيما دون النفس فكان الواجب هو المال فاذا تزوجها عليه فقد سمى المال فكان مهرا لها وان سرى الى النفس فان كان النكاح بلفظ الجناية أو بلفظ الجراحة وما يحدث منها

وكان القطع خطأ جاز النكاح وصار دم الزوج مهراً لها لانه لما اتصلت به السراية تبين انه وقع قتلاً موجباً للدية على العاقلة فكان التزوج على موجب الجناية وهو الدية وسقطت عن العاقلة لمصير ورثتها مهراً لها وهذا اذا كان وقت النكاح صحيحاً فان كان مريضاً فبقدر مهر المثل يسقط عن العاقلة لانه ليس بمتبرع في هذا القدر (وأما) الزيادة على ذلك فينظر ان كانت تخرج من ثلث ماله يسقط أيضاً وان كانت لا تخرج من ثلث ماله فبقدر الثلث يسقط أيضاً والزيادة تكون للزوج ترجع الى ورثته وانما اعتبر خروج الزيادة من ثلث ماله لانه متبرع بالزيادة وهو مريض مرض الموت هذا في الخطأ (وأما) في العمد جاز النكاح وصار عفواً (أما) جواز النكاح فلا شك فيه لان جوازه لا يتقف على تسمية ما هو مال (واما) صيرورة النكاح على القصاص عفواً فلانه لما تزوجها على القصاص فقد أزال حقه عنه وأسقطه وهذا معنى العفو ولها مهر المثل من تركة الزوج لان النكاح لا يجوز الا بالمهر والقصاص لا يصلح مهراً لانه ليس بمال فيجب لها العوض الاصلي وهو مهر المثل فان كان بلفظ الجراحة ولم يذكر وما يحدث منها فكذلك الجواب عندهما في العمد والخطأ وعند أبي حنيفة رحمه الله بطل العفو اذا كان عمداً ولها مهر المثل من مال الزوج وتجب الدية من مالها فيتقاصان بقدر مهر المثل وتضمن المرأة الزيادة وان كانت خطأ فتجب الدية على عاقلتها ولها مهر المثل من مال الزوج ولا ترث المرأة من مال الزوج شيئاً لانها قاتلة ولا ميراث للقاتل والله تعالى أعلم ولو كان مكان النكاح خلع بان قطع يد امرأته أوجرحها جراحة فخلعها على ذلك فهو على ما ذكرنا انها ان برئت جاز الخلع وكان بائناً لانه تبين انه خلعها على ارش اليد فصح الخلع وصار ارش اليد بدل الخلع والخلع على مال طلاق بائن ويستوي فيه العمد والخطأ لما مر وان سرى الى النفس وكان خطأ فان ذكر بلفظ الجناية او بلفظ الجراحة وما يحدث منها جاز الخلع ويكون بائناً لانه تبين ان الفعل وقع قتلاً فتبين انه وقع موجباً للدية فكان الخلع واقعاً على مال وهو الدية فيصح ويكون بائناً ثم ان كانت المرأة صحيحة وقت الخلع جاز ذلك من جميع المال وان كانت مريضة صارت الدية بدل الخلع ويعتبر خروج جميع الدية من الثلث بخلاف النكاح حيث يعتبر هناك خروج الزيادة على قدر مهر المثل من الثلث لان تلك الحال حال دخول البضع في ملك الزوج وهذه حالة الخروج والبضع يعد مالاً حال الدخول في ملك الزوج ولا يعد مالاً حال الخروج عن ملكه وان كان يخرج من الثلث سقط عن العاقلة وان لم يكن لها مال يسقط والثلثان على العاقلة ويكون بمنزلة الوصية هذا في الخطأ فأما في العمد جاز العفو ولا يكون مالاً وخلعها بغير مال يكون رجعياً وان كان الخلع بلفظ الجراحة ولم يذكر وما يحدث منها فعندهما كذلك الجواب وعند أبي حنيفة رحمه الله لم يصح العفو وتجب جميع الدية في ماله في العمد وفي الخطأ على العاقلة ويكون الخلع بغير مال فيكون الطلاق رجعياً والله تعالى أعلم ومنها الصلح على مال لان القصاص حق للمولى ولصاحب الحق أن يتصرف في حقه استيفاء واسقاطاً اذا كان من اهل الاسقاط والمحل قابل للسقوط ولهذا ملك العفو فيملك الصلح ولان المقصود من استيفاء القصاص وهو الحياة يحصل به لان الظاهر ان عند أخذ المال عن صلح وتراض تسكن الفتنة فلا يقصد الولي قتل القاتل فلا يقصد القاتل قتله فيحصل المقصود من استيفاء القصاص بدونه وقيل ان قوله تبارك وتعالى فمن عفي له من أخيه شيء الآية نزل في الصلح عن دم العمد فيدل على جواز الصلح وسواء كان بدل الصلح قليلاً أو كثيراً من جنس الدية أو من خلاف جنسها حالاً أو مؤجلاً بأجل معلوم أو مجهول جهالة متفاوتة كالحصاد والدياس ونحو ذلك بخلاف الصلح من الدية على أكثر مما تجب فيه الدية انه لا يجوز لان المانع من الجواز هناك تمكن الربا ولم يوجد ههنا لان الربا يختص بمبادلة المال بالمال والقصاص ليس بمال وقد ذكرنا شرائط جواز الصلح ومن يملك الصلح ومن لا يملكه في كتاب الصلح ولو صالح الولي القاتل على مال ثم قتله يقتص منه عند عامة العلماء رضي الله عنهم وقال بعض الناس لا قصاص عليه وقد مرت المسئلة في العفو ولو كان الولي اثنين والقصاص واحد فصالح أحدهما سقط القصاص عن القاتل وينقلب نصيب الآخر مالاً لما ذكرنا في العفو ولو قتله الآخر بعد عفو صاحبه فهو على التفصيل والخلاف

والوفق الذى ذكرناه فى العفو ولو كان القصاص أكثر فصالح ولى أحد القتيلين فللآخر ان يستوفى وكذا
لو صالح الولى مع أحد القاتلين كان له أن يقتص للآخر لما ذكرنا فى العفو وكذلك حكم المولى فى الصلح عن دم
العمد فى جميع ما وصفنا ومنها ارث القصاص بان وجب القصاص لانسان فمات من له القصاص فورث القاتل
القصاص سقط القصاص لاستحالة وجوب القصاص له وعليه فيسقط ضرورة ولو قتل رجلان رجلين كل
واحد منهما ابن الآخر عمدا وكل منهما وارث الآخر قال أبو يوسف رحمه الله لا قصاص عليهما وقال
الحسن بن زياد رحمه الله يوكل كل واحد منهما وكيلا يستوفى القصاص فيقتلهما الوكيلان معا وقال زفر رحمه
الله يقال للقاضى ابدأ بايهما شئت وسلمه الى الآخر حتى يقتله ويسقط القصاص عن الآخر (وجه) قول زفر
رحمه الله ان القصاص وجب على كل واحد منهما لوجود السبب من كل واحد منهما وهو القتل العمد الا انه لا تمكن
استيفاؤهما لانه اذا استوفى أحدهما يسقط الآخر لصيرورة القصاص ميراثا للقاتل الآخر فكان
الخيار فيه الى القاضى يبتدئ بأيهما شاء ويسلمه الى الآخر حتى يقتله ويسقط القصاص عن الآخر (وجه)
قول الحسن رحمه الله ان استيفاء القصاص منهما ممكن بالوكالة بان يقتل كل واحد من الوكيلين كل واحد من القاتلين فى
زمان واحد فلا يتوارثان كما فى الغرقى والحرقى (وجه) قول أبى يوسف رحمه الله ان وجوب القصاص وجوب
الاستيفاء لا يعقل له معنى سواه ولا سبيل الى استيفاء القصاص لانه اذا استوفى أحدهما سقط الآخر وليس
أحدهما بالاستيفاء أولى من الآخر فتعذر القول بالوجوب أصلا ولان فى استيفاء أحد القصاصين ابقاء حق
أحدهما واسقاط حق الآخر وهذا لا يجوز والقول باستيفائهما بطريق التوكيل غير سديد لان الفعلين قلما
يتفقان فى زمان واحد بل يسبق أحدهما الآخر عادة وكذا أثرهما الثابت عادة وهو فوات الحياة وفى ذلك اسقاط
القصاص عن الآخر وقالوا فى رجل قطع يد رجل ثم قتل المقطوع يده ابن القاطع عمدا ثم مات المقطوع يده من القطع
ان على القاطع القصاص وهو القتل لولى المقطوع يده لانه مات بسبب سابق على وجود القتل منه وهو القطع السابق
لان ذلك القطع صار بالسراية قتلا فوجب القصاص على القاطع ولا يسقط بقتل المقطوع يده ابن القاطع والله سبحانه
وتعالى أعلم (ومنها) حرمان الميراث لحصول القتل مباشرة بغير حق ولهذا ثبت بالقتل الخطأ فبالعمد اولى وأما الكفارة
فلا تجب عندنا وعند الشافعى رحمه الله تجب (وجه) قوله ان الكفارة لرفع الذنب ومحو الاثم ولهذا وجبت فى القتل
الخطأ والذنب فى القتل العمد أعظم فكانت الحاجة الى الدفع أشد (ولنا) ان التحرير أو الصوم فى الخطأ انما
وجب شكر النعمة حيث سلم له أعز الاشياء اليه فى الدنيا وهو الحياة مع جواز المؤاخذة بالقصاص وكذا ارتفع عنه
المؤاخذة فى الآخرة مع جواز المؤاخذة وهذا لم يوجد فى العمد فيتعذر الايجاب شكرا أو وجب لحق التوبة عن القتل
بطريق الخطأ ألحق بالتوبة الحقيقية لخفة الذنب بسبب الخطأ والذنب ههنا أعظم فلا يصلح التحرير توبة والله
تعالى أعلم وأما شبه العمد فيتعلق به أحكام منها وجوب الدية مغلظة على العاقلة اما وجوب الدية فلان القصاص
امتنع وجوبه مع وجود القتل العمد للشبهة فتجب الدية وأما صفة التغليظ فلاجماع الصحابة رضى الله عنهم لانهم
اختلفوا فى كيفية التغليظ على ما نذكر ان شاء الله تعالى واختلافهم فى الكيفية دليل ثبوت الاصل وأما الوجوب
على العاقلة فلان العاقلة انما تعقل الخطأ تخفيفا على القاتل نظرا له لوقوعه فيه لا عن قصد وفى هذا القتل شبهة عدم القصد
لحصوله بآلة لا يقصد بها القتل عادة فكان مستحقا لهذا النوع من التخفيف ومنها حرمان الميراث ومنها عدم جواز
الوصية لانه قتل مباشرة بغير حق وهل تجب الكفارة فى هذا القتل ذكر الكرخى رحمه الله انها تجب وألحقه بالقتل
الخطأ المحض فى وجوب الكفارة وقال بعض مشايخنا لا تجب وألحقه بالعمد المحض فى عدم وجوب الكفارة
(وجه) ما ذكره الكرخى رحمه الله ان الكفارة انما وجبت فى الخطأ اما لحق الشكر أو لحق التوبة على ما بينا والداعى
الى الشكر والتوبة ههنا موجود وهو سلامة البدن وكون الفعل جناية فيها نوع خفة لشبهة عدم القصد فيمكن ان يجعل

التحرير فيه توبة (وجه) القول الآخر ان هذه جناية متغلظة ألا ترى ان المؤاخذة فيها ثابتة بخلاف الخطأ فلا يصلح التحرير توبة فيها كما في العمد والله سبحانه وتعالى أعلم وأما القتل الخطأ فيختلف حكمه باختلاف حال القاتل والمقتول فنفصل الكلام فيه فنقول القاتل والمقتول اما أن يكونا جميعاً حرين واما ان كان القاتل حرا والمقتول عبداً واما ان كان القاتل عبداً والمقتول حراً واما ان كانا جميعاً عبدين فان كانا حرين فيتعلق به أحكام منها وجوب الكفارة عند وجود شرائط الوجوب وهي نوعان بعضها يرجع الى القاتل وبعضها الى المقتول أما الذي يرجع الى القاتل فالاسلام والعقل والبلوغ فلا تجب الكفارة على الكافر والمجنون والصبي لان الكفار غير مخاطبين بشرائع هي عبادات والكفارة عبادة والصبي والمجنون لا يخاطبان بالشرائع أصلا وأما الذي يرجع الى المقتول فهو ان يكون المقتول معصوما فلا تجب بقتل الحربي والباغي لعدم العصمة واما كونه مسلما فليس بشرط فيجب سواء كان مسلما أو ذميا أو مستأمنا وسواء كان مسلما أسلم في دار الاسلام أو في دار الحرب ولم يهاجر الينا لقوله سبحانه وتعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة الى قوله تعالى فان كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة وان كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة الى أهله وتحرير رقبة مؤمنة ولان القاتل قد سلم له الحياة في الدنيا وهي من أعظم النعم ورفعت عنه المؤاخذة في الآخرة مع جواز المؤاخذة في الحكمة لما في وسع الخاطئ في الجملة حفظ نفسه عن الوقوع في الخطا وهذا أيضا نعمة فكان وجوب الشكر لهذه النعمة موافقا للعقل فبين الله تعالى مقداره وجنسه بهذه الآية ليقدر العبد على اداء ما وجب عليه من أصل الشكر بتعضية العقل ولان فعل الخطأ جناية ولله تعالى المؤاخذة عليه بطريق العدل لانه مقدور الامتناع بالتكلف والجهد واذا كان جناية فلا بد لها من التكفير والتوبة فجعل التحرير من العبد بحق التوبة عن القتل الخطا بمنزلة التوبة الحقيقية في غيره من الجنايات الا انه جعل التحرير أو الصوم توبة له دون التوبة الحقيقية لخفة الجناية بسبب الخطا اذ الخطأ معفو في الجملة وجائز العفو عن هذا النوع فخفت توبته لخفة في الجناية فكان التحرير في هذه الجناية بمنزلة التوبة في سائر الجنايات ومنها حرمان الميراث لانه وجد القتل مباشرة بغير حق اما المباشرة فلاشك فيها وأما الخطر والحرمة فلان فعل الخطا جناية جاز المؤاخذة عليها عقلا لما بينا والدليل عليه قوله عز اسمه ربنا لا تؤاخذنا ان نسينا أو أخطأنا ولو لم يكن جائز المؤاخذة لكان معنى الدعاء اللهم لا تجر علينا وهذا محال وانما رفع حكمها شرعا ببركة دعاء النبي عليه الصلاة والسلام وقوله عليه الصلاة والسلام رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه مع بقاء وصف الفعل على حاله وهو كونه جناية ومنها وجوب الدية والكلام في الدية في مواضع في بيان شرائط وجوب الدية وفي بيان ما تجب منه الدية من الاجناس وفي بيان مقدار الواجب من كل جنس وفي بيان صفته وفي بيان من تجب عليه الدية وفي بيان كيفية الوجوب أما الشرائط فبعضها شرط أصل الوجوب وبعضها شرط كمال الواجب أما شرط أصل الوجوب فنوعان أحدهما العصمة وهو ان يكون المقتول معصوما فلا دية في قتل الحربي والباغي لفقد العصمة فاما الاسلام فليس من شرائط وجوب الدية لا من جانب القاتل ولا من جانب المقتول فتجب الدية سواء كان القاتل أو المقتول مسلما أو ذميا أو حربيا مستأمنا وكذلك العقل والبلوغ حتى تجب الدية في مال الصبي والمجنون والاصل فيه قوله سبحانه وتعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى أهله الا ان يصدقوا ولا خلاف في انه اذا قتل ذميا أو حربيا مستأمنا تجب الدية لقوله تبارك وتعالى فان كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة الى أهله والثاني التقوم وهو ان يكون المقتول متقوما وعلى هذا يبنى ان الحربي اذا أسلم في دار الحرب فلم يهاجر الينا فقتله مسلم أو ذمي خطأ انه لا تجب الدية عند أصحابنا خلافا للشافعي بناء على ان التقوم بدار الاسلام عندنا وعنده بالاسلام وقد ذكرنا تقرير هذا الاصل في كتاب السير ثم نتكلم في المسألة ابتداء احتج الشافعي رحمه الله بقوله تبارك وتعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى أهله وهذا مؤمن قتل خطأ فتجب الدية (ولنا) قوله جلت عظمته وكبرياؤه فان كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة

والاستدلال به من وجهين أحدهما انه جعل التحرير جزاء القتل والجزاء يقتضى الكفاية فلو وجبت الدية معه لا تقع الكفاية بالتحرير وهذا خلاف النص والثاني انه سبحانه وتعالى جعل التحرير كل الواجب بقتله لانه كل المذكور فلو أوجبنا معه الدية لصار بعض الواجب وهذا تغيير حكم النص وأما صدر الآية الكريمة فلا يتناول هذا المؤمن لوجهين أحدهما انه سبحانه وتعالى ذكر المؤمن مطلقا فيتناول المؤمن من كل وجه وهو المستأمن دينا ودارا وهذا مستأمن دينا لا دارا لانه مكثر سواد الكفرة ومن كثر سواد قوم فهو منهم على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم والثاني انه أفرد هذا المؤمن بالذكر والحكم ولو تناوله صدر الآية الشريفة لعرف حكمه به فكان الثاني تكرارا ولو حمل على المؤمن المطلق لم يكن تكرارا فكان الحمل عليه أولى أو يحتمل ما ذكرنا فيحمل عليه توفيقا بين الدليلين عملا بهما جميعا ثم عصمة المقتول تعتبر وقت القتل أم وقت الموت أم في الوقتين جميعا على أصل أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه تعتبر وقت القتل لا غير وعلى أصلهما تعتبر وقت القتل والموت جميعا وعلى قول زفر رحمه الله تعتبر وقت الموت لا غير وعلى هذا تخرج مسائل الرمي اذا رمى مسلما فارتد المرمى اليه ثم وقع به السهم وهو مرتد فمات فعلى الرامي الدية في قول أبي حنيفة رحمه الله ان كان خطأ تتحمله العاقلة وان كان عمدا يكون في ماله وعندهما لا شئ عليه وكذا عند زفر وان رمى مرتدا أو حربيا فأسلم ثم وقع السهم به ومات لا شئ عليه عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر عليه الدية (وجه) قوله ان الضمان انما يجب بالقتل والفعل انما يصير قتلا بفوات الحياة ولا عصمة للمقتول وقت فوات الحياة فكان دمه هدرا كما لو جرحه ثم ارتد فمات وهو مرتد ولهما ان للقتل تعلقا بالقاتل والمقتول لانه فعل القاتل وأثره يظهر في المقتول بفوات الحياة فلا بد من اعتبار العصمة في الوقتين جميعا ولابي حنيفة رضي الله عنه ان الضمان انما يجب على الانسان بفعله ولا فعل منه سوى الرمي السابق فكان الرمي السابق عند وجود زهوق الروح قتلا من حين وجوده والمحل كان معصوما في ذلك الوقت فكان ينبغي ان يجب القصاص الا انه سقط للشبهة فتجب الدية وهذا لو كان مرتدا أو حربيا وقت الرمي ثم أسلم فأصابه السهم وهو مسلم انه لا شئ عليه عندهما وهذه المسألة حجة قوية لابي حنيفة رضي الله عنه عليهما في اعتبار وقت الرمي لا غير والدليل عليه ان في باب الصيد يعتبر وقت الرمي في قولهم جميعا حتى لو كان الرامي مسلما وقت الرمي ثم ارتد فأصاب السهم الصيد وهو مرتد يؤكل وان كان الباب باب الاحتياط وبمثله لو كان مجوسيا وقت الرمي ثم أسلم ثم وقع السهم بالصيد وهو مسلم لا يؤكل وكذلك حلال رمى صيدا ثم أحرم ثم أصابه لا شئ عليه وان رمى وهو محرم ثم حل فأصابه فعليه الجزاء فهذه المسائل حجج أبي حنيفة رضي الله عنه في اعتبار وقت الفعل والاصل ان ما يرجع الى الاهلية تعتبر فيه أهلية الفاعل وقت الفعل بلا خلاف وما كان راجعا الى المحل فهو على الاختلاف الذي ذكرنا بخلاف ما اذا جرح مسلما ثم ارتد المجروح فمات وهو مرتد انه يهدر دمه لان الجرح السابق انقلب قتلا بالسراية وقد تبدل المحل حكما بالردة فيوجب انقطاع السراية عن ابتداء الفعل كتبدل المحل حقيقة ولم يوجد هذا المعنى في مسألتنا ولو رمى عبدا فأعتقه مولاه ثم وقع به السهم فمات فلا دية عليه وعليه قيمته لمولاه في قول أبي حنيفة عليه الرحمة وقال محمد على الرامي لمولى العبد فضل ما بين قيمته مرميا الى غير مرمى لا شئ عليه غير ذلك وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي رحمه الله قول أبي يوسف مع قول محمد انه لما رمى اليه فقد صار ناقصا بالرمي في ملك مولاه قبل وقوع السهم به لانه أشرف على الهلاك بتوجه السهم اليه فوجب عليه ضمان النقصان فصار كما لو جرحه ثم أعتقه مولاه ولو كان كذلك لانقطعت السراية ولا يضمن الدية ولا القيمة وانما يضمن النقصان كذا هذا وأبو حنيفة رضي الله عنه مر على أصله وهو اعتبار وقت الفعل لانه صار قاتلا بالرمي السابق وهو كان ملك المولى حينئذ (وأما) بيان ما تجب فيه الدية فقد اختلف أصحابنا فيه قال أبو حنيفة رحمه الله الذي تجب منه الدية وتقضى منه ثلاثة أجناس الابل والذهب والفضة وعندهما ستة أجناس الابل والذهب والفضة والبقر والغنم والحلل واحتجا بقضية سيدنا عمر رضي الله تعالى عنه فانه روى انه قضى بالدية من هذه الاجناس

بمحضر من الصحابة رضى الله تعالى عنهم ولابى حنيفة رضى الله تعالى عنه قوله عليه الصلاة والسلام فى النفس المؤمنة مائة من الابل جعل عليه الصلاة والسلام الواجب من الابل على الاشارة اليها فظاهره يقتضى الوجوب منها على التعيين الا ان الواجب من الصنفين الاخيرين ثبت بدليل آخر فمن ادعى الوجوب من الاصناف الاخر فعليه الدليل وأما قضية سيدنا عمر رضى الله تعالى عنه فقد قيل انه انما قضى بذلك حين كانت الديات على العواقل فلما نقلها الى الديوان قضى بها من الاجناس الثلاثة وذكر فى كتاب المعاقل ما يدل على انه لا خلاف بينهم فانه قال لو صالح الولى على أكثر من مائتى بقرة أو مائتى حلة لم يجز بالاجماع ولو لم يكن ذلك من جنس الدية لجاز والله أعلم بالصواب وأما بيان مقدار الواجب من كل جنس وبيان صفته فقدر الواجب من كل جنس يختلف بذكورة المقتول وأنوثته فان كان ذكرا فلا خلاف فى ان الواجب بقتله من الابل مائة لقوله عليه الصلاة والسلام فى النفس المؤمنة مائة من الابل ولا خلاف أيضا فى ان الواجب من الذهب الف دينار لما روى أنه عليه الصلاة والسلام جعل دية كل ذى عهد فى عهده الف دينار والتقدير فى حق الذمى يكون تقديرا فى حق المسلم من طريق الاولى وأما الواجب من الفضة فقد اختلف فيه قال أصحابنا رحمهم الله تعالى عشرة آلاف درهم وزنا وزن سبعة وقال مالك والشافعى رحمهما الله اثنا عشر الفا والصحيح قولنا لما روى عن سيدنا عمر رضى الله عنه انه قال الدية عشرة آلاف درهم بمحضر من الصحابة رضى الله عنهم ولم ينقل انه أنكر عليه أحد فيكون اجماعا مع ما ان المقادير لا تعرف الا سماعا فالظاهر انه سمع من رسول الله صلى الله عليه وسلم وقدر الواجب من البقر عندهما مائتا بقرة ومن الحلل مائتا حلة ومن الغنم الفا شاة ثم دية الخطا من الابل اخماس بلا خلاف عشرون بنت مخاض وعشرون ابن مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون حقة وعشرون جذعة وهذا قول عبد الله بن مسعود رضى الله عنه وقد رفعه الى النبى عليه الصلاة والسلام انه قال دية الخطا اخماس عشرون بنات مخاض وعشرون بنو مخاض وعشرون بنو لبون وعشرون حقة وعشرون جذعة وعندهما قدر كل بقرة خمسون درهما وقدر كل حلة خمسون درهما والحلة اسم لثوبين ازار ورداء وقيمة كل شاة خمسة دراهم ودية شبه العمد أرباع عندهما خمس وعشرون بنت مخاض وخمس وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة وهو مذهب عبد الله بن مسعود رضى الله عنه وعند محمد أثلاث ثلاثون حقة وثلاثون جذعة وأربعون ما بين ثنية الى بازل عامها كلها خلفة وهو مذهب سيدنا عمر وزيد بن ثابت رضى الله تعالى عنهما وعن سيدنا على رضى الله عنه انه قال فى شبه العمد أثلاث ثلاثة وثلاثون حقة وثلاثة وثلاثون جذعة وأربعة وثلاثون خلفة والصحابة رضى الله عنهم متى اختلفت فى مسئلة على قولين او ثلاثة يجب ترجيح قول البعض على البعض والترجيح ههنا لقول ابن مسعود رضى الله عنه لوجهين أحدهما انه موافق للحديث المشهور الذى تلقته العلماء رضى الله عنهم بالقبول وهو قوله عليه الصلاة والسلام فى النفس المؤمنة مائة من الابل وفى ايجاب الحوامل ايجاب الزيادة على المائة لان الحمل أصل من وجه والثانى ان ما قاله أقرب الى القياس لان الحمل معنى موهوم لا يوقف عليه حقيقة فان انتفاخ البطن قد يكون للحمل وقد يكون للداء ونحو ذلك وان كان أنثى فدية المرأة على النصف من دية الرجل لاجماع الصحابة رضى الله عنهم فانه روى عن سيدنا عمر وسيدنا على وابن مسعود وزيد بن ثابت رضوان الله تعالى عليهم انهم قالوا فى دية المرأة انها على النصف من دية الرجل ولم ينقل انه أنكر عليهم أحد فيكون اجماعا ولان المرأة فى ميراثها وشهادتها على النصف من الرجل فكذلك فى ديتها وهل تختلف قدر الدية بالاسلام والكفر قال أصحابنا رحمهم الله لا تختلف ودية الذمى والحربى والمستأمن كدية المسلم وهو قول ابراهيم النخعى والشعبى رحمهما الله والزهرى رحمه الله وقال الشافعى رحمه الله تختلف دية اليهودى والنصرانى أربعة آلاف ودية المجوسى ثمانمائة واحتج بحديث رواه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه جعل دية هؤلاء على هذه المراتب ولان الانوثة لما أثرت فى نقصان البدل فالكفر أولى لان نقيصة الكفر فوق كل نقيصة (ولنا) قوله تبارك وتعالى وان كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة الى أهله أطلق سبحانه وتعالى

القول بالدية في جميع أنواع القتل من غير فصل فدل ان الواجب في الكل على قدر واحد (وروينا) انه عليه الصلاة والسلام جعل دية كل ذي عهد في عهده ألف دينار (وروى) أن عمرو بن أمية الضمري قتل مستأمنين فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم فيهما بدية حرين مسلمين وعن الزهري رحمه الله انه قال قضى سيدنا أبو بكر وسيدنا عمر رضي الله تعالى عنهما في دية الذمي بمثل دية المسلم ومثله لا يكذب وكذا روى عن ابن مسعود رضي الله عنه انه قال دية أهل الكتاب مثل دية المسلمين ولان وجوب كمال الدية يعتمد كمال حال القتيل فيما يرجع الى أحكام الدنيا وهي الذكورة والحرية والعصمة وقد وجد ونقصان الكفر يؤثر في أحكام الدنيا (وأما) بيان من تجب عليه الدية فالدية تجب على القاتل لان سبب الوجوب هو القتل وانه وجد من القاتل ثم (الدية) الواجبة على القاتل نوعان نوع يجب عليه في ماله ونوع يجب عليه كله وتتحمل عنه العاقلة بعضه بطريق التعاون اذا كان له عاقلة وكل دية وجبت بنفس القتل الخطأ أو شبه العمد تتحمله العاقلة وما لا فلا فلا تعقل الصلح لان بدل الصلح ما وجب بالقتل بل بعقد الصلح ولا الاقرار لانها وجبت بالاقرار لا بالقتل واقراره حجة في حقه لا في حق غيره فلا يصدق في حق العاقلة حتى لو صدقوا عقلوا ولا العبد بان قتل انسانا خطأ لان الواجب بنفس القتل الدفع لا الفداء والفداء يجب باختيار المولى لا بنفس القتل ولا العمد بان قتل الاب ابنه عمداً لانها وان وجبت بالقتل فلم تجب بالقتل الخطأ أو شبه العمد وهذا لان التحمل من العاقلة في الخطأ وشبه العمد على طريق التخفيف على الخاطئ والعامد لا يستحق التخفيف وقد روى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال لا تعقل العاقلة عمداً ولا عبداً ولا صلحاً ولا اعترافاً ولا ما دون ارش الموضحة وقيل في معنى قوله عليه الصلاة والسلام ولا عبداً أن المراد منه العبد المقتول وهو الذي قتله مولاه وهو مأذون مديون أو المكاتب لا العبد القاتل لانه لو كان كذلك لكان من حق الكلام أن يقول لا تعقل العاقلة عن عبد لان العرب تقول عقلت عن فلان اذا كان فلان قاتلا وعقلت فلانا اذا كان فلان مقتولا كذا فرق الاصمعي ثم الوجوب على القاتل فيما تتحمله العاقلة قول عامة المشايخ وقال بعضهم كل الدية في هذا النوع تجب على الكل ابتداء القاتل والعاقلة جميعا والصحيح هو الاول لقوله سبحانه وتعالى ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى أهله ومعناه فليحرر وليؤد وهذا خطاب للقاتل لا للعاقلة دل ان الوجوب على القاتل ولما ذكرنا أن سبب الوجوب هو القتل وانه وجد من القاتل لا من العاقلة فكان الوجوب عليه لا على العاقلة وانما العاقلة تتحمل دية واجبة عليه ثم دخول القاتل مع العاقلة في التحمل مذهبنا وقال الشافعي رحمه الله القاتل لا يدخل معهم بل تتحمل العاقلة الكل دون القاتل وقال أبو بكر الاصم يتحمل القاتل دون العاقلة لانه لا يجوز أن يؤاخذ أحد بذنب غيره قال الله سبحانه وتعالى ولا تكسب كل نفس الا عليها وقال جلت عظمته ولا تزر وازرة وزر أخرى ولهذا لم تتحمل العاقلة ضمان الاموال ولا ما دون نصف عشر الدية كذا هذا (ولنا) أنه عليه الصلاة والسلام قضى بالغرة على عاقلة الضاربة وكذا قضى سيدنا عمر رضي الله عنه بالدية على العاقلة بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم من غير نكير وأما الآية الشريفة فنقول بموجبها لكن لم قلتم أن الحمل على العاقلة أخذ بغير ذنب فان حفظ القاتل واجب على عاقلته فاذا لم يحفظوا فقد فرطوا والتفريط منهم ذنب ولان القاتل انما يقتل بظهر عشيرته فكانوا كالمشاركين له في القتل ولان الدية مال كثير فالزام الكل القاتل اجحاف به فيشارك العاقلة في التحمل تخفيفاً وهو مستحق التخفيف لانه خاطئ وبهذا فارق ضمان المال لان ضمان المال لا يكثر عادة فلا تقع الحاجة الى التخفيف وما دون نصف عشر الدية حكمه حكم ضمان الاموال (وأما) الكلام مع الشافعي رحمه الله فوجه قوله أنه عليه السلام قضى بالدية على العاقلة فلا يدخل فيه القاتل وانا نقول نعم لكن معلولا بالنصرة والحفظ وذلك على القاتل أوجب فكان أولى بالتحمل ثم الكلام في العاقلة في موضعين أحدهما في تفسير العاقلة من هم والثاني في بيان القدر الذي تتحمله العاقلة من الدية (أما) الاول فالقاتل لا يخلو اما ان كان حر الاصل واما ان كان معتقاً واما ان كان مولى الموالاة فان كان حر الاصل فعاقلته أهل ديوانه ان كان

من أهل الديوان وهم المقاتلة من الرجال الاحرار البالغين العاقلين تؤخذ من عطاياهم وهذا عندنا وعند الشافعي رحمه الله عاقلته قبيلته من النسب والصحيح قولنا لاجماع الصحابة رضي الله عنهم على ذلك فانه روى عن ابراهيم النخعي رحمه الله أنه قال كانت الديات على القبائل فلما وضع سيدنا عمر رضي الله عنه الدواوين جعلها على أهل الدواوين فان قيل قضى عليه الصلاة والسلام بالدية على العاقلة من النسب اذ لم يكن هناك ديوان فكيف يقبل قول سيدنا عمر رضي الله عنه على مخالفته فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم فالجواب لو كان سيدنا عمر رضي الله عنه فعل ذلك وحده لكان يجب حمل فعله على وجه لا يخالف فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم كيف وكان فعله بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ولا يظن من عموم الصحابة رضي الله عنهم مخالفة فعله عليه الصلاة والسلام فدل أنهم فهموا أنه كان معلولا بالنصرة واذا صارت النصرة في زمانهم الديوان نقلوا العقل الى الديوان فلا تتحقق المخالفة وهذا لان التحمل من العاقلة للتناصر وقبل وضع الديوان كان التناصر بالقبيلة وبعد الوضع صار التناصر بالديوان فصار عاقلة الرجل أهل ديوانه ولا تؤخذ من النساء والصبيان والمجانين والرقيق لانهم ليسوا من أهل النصرة ولان هذا الضمان صلة وتبرع بالاعانة والصبيان والمجانين والمماليك ليسوا من أهل التبرع وان لم يكن له ديوان فعاقلته قبيلته من النسب لان استنصاره بهم وان كان القاتل معتقا أو مولى الموالاة فعاقلته مولاه وقبيلة مولاه لقوله عليه الصلاة والسلام مولى القوم منهم ثم عاقلة المولى الاعلى قبيلته اذا لم يكن من أهل الديوان فكذا عاقلة مولاه ولان استنصاره بمولاه وقبيلته فكانوا عاقلته هذا اذا كان للقاتل عاقلة فاما اذا لم يكن له عاقلة كاللقيط والحربي أو الذمي الذي أسلم فعاقلته بيت المال في ظاهر الرواية وروى محمد عن أبي حنيفة رضي الله عنه أنه تجب الدية عليه من ماله لا على بيت المال وجه هذه الرواية أن الاصل هو الوجوب في مال القاتل لان الجناية وجدت منه وانما الاخذ من العاقلة بطريق التحمل فاذا لم يكن له عاقلة يرد الامر فيه الى حكم الاصل وجه ظاهر الرواية أن الوجوب على العاقلة لمكان التناصر فاذا لم يكن له عاقلة كان استنصاره بعامة المسلمين وبيت المال مالهم فكان ذلك عاقلته (وأما) بيان مقدار ما تتحمله العاقلة من الدية فلا يؤخذ من كل واحد منهم الا ثلاثة دراهم أو أربعة دراهم ولا يزاد على ذلك لان الاخذ منهم على وجه الصلة والتبرع تخفيفا على القاتل فلا يجوز التغليظ عليهم بالزيادة ويجوز أن ينقص عن هذا القدر اذا كان في العاقلة كثرة فان قلت العاقلة حتى أصاب الرجل أكثر من ذلك يضم اليهم أقرب القبائل اليهم من النسب سواء كانوا من أهل الديوان أولا ولا يعسر عليهم ويدخل القاتل مع العاقلة ويكون فيما يؤدي كاحدهم لان العاقلة تتحمل جناية وجدت منه وضمانا وجب عليه فكان هو أولى بالتحمل (وأما) بيان كيفية وجوب الدية فنقول لا خلاف في أن دية الخطأ تجب مؤجلة على العاقلة في ثلاث سنين لاجماع الصحابة رضي الله عنهم على ذلك فانه روى أن سيدنا عمر رضي الله عنه قضى بذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ولم ينقل أنه خالفه أحد فيكون اجماعا وتؤخذ من ثلاث عطايا ان كان القاتل من أهل الديوان لان لهم في كل سنة عطية فان تعجل العطايا الثلاث في سنة واحدة يؤخذ الكل في سنة واحدة وان تأخرت يتأخر حق الاخذ وان لم يكن من أهل الديوان تؤخذ منه ومن قبيلته من النسب في ثلاث سنين ولا خلاف في أن الدية بالاقرار بالقتل الخطأ تجب في ماله في ثلاث سنين لان الاقرار بالقتل اخبار عن وجود القتل وانه يوجب حقا مؤجلا تتحمله العاقلة الا أنه لا يصدق على العاقلة فيجب مؤجلا في ماله واختلف في شبه العمد والعمد الذي دخلته شبهة وهو الاب اذا قتل ابنه عمدا قال أصحابنا رحمهم الله انها تجب مؤجلة في ثلاث سنين الا أن دية شبه العمد تتحمله العاقلة ودية العمد في مال الاب وقال الشافعي رحمه الله دية الدم كدية العمد تجب حالا وجه قوله أن سبب الوجوب وجد حالا فتجب الدية حالا اذ الحكم يثبت على وفق السبب هو الاصل الا أن التأجيل في الخطأ ثبت معدولا به عن الاصل لاجماع الصحابة رضي الله عنهم أو يثبت معلولا بالتخفيف على القاتل حتى تحمل عنه العاقلة والعامد يستحق التغليظ ولهذا وجب في ماله لا على العاقلة (ولنا) أن وجوب الدية لم يعرف الا بنص الكتاب العزيز وهو قوله

تبارك وتعالى ومن قتل مؤمناً خطأً فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى أهله والنص وان ورد بلفظ الخطأ لكن غيره ملحق به الا أنه مجمل فى بيان القدر والوصف فبين عليه الصلاة والسلام قدر الدية بقوله عليه الصلاة والسلام فى النفس المؤمنة مائة من الابل وبيان الوصف وهو الاجل ثبت باجماع الصحابة رضى الله عنهم بقضية سيدنا عمر رضى الله عنه بمحضر منهم فصار الاجل وصفا لكل دية وجبت بالنص وقوله دية الخطأ وجبت بطريق التخفيف والعامد يستحق التغليظ قلنا وقد غلظنا عليه من وجهين أحدهما بايجاب دية مغلظة والثانى بالايجاب فى ماله والجانى لا يستحق التغليظ من جميع الوجوه وكذلك كل جزء من الدية تتحمله العاقلة أو تجب فى مال القاتل فذلك الجزء تجب فى ثلاث سنين كالعشرة اذا قتلوا رجلا خطأ أو شبه عمد حتى وجبت عليهم دية واحدة فعاقلة كل واحد منهم تتحمل عشرها فى ثلاث سنين وكذلك العشرة اذا قتلوا رجلا واحدهم أبوه حتى وجبت عليهم دية واحدة فى مالهم يجب على كل واحد منهم عشرها فى ثلاث سنين لان الواجب على كل واحد منهم جزء من دية مؤجلة فى ثلاث سنين فكان تأجيل الدية تأجيلا لكل جزء من أجزائها اذ الجزء لا يخالف الكل فى وصفه ولا خلاف فى أن بدل الصلح عن دم العمد يجب فى ماله حالا لانه لم يجب بالقتل وانما وجب بالعقد فلا يتأجل الا بالشرط كثمن المبيع ونحو ذلك وكذلك العبد اذا قتل انسانا خطأ واختار المولى الفداء يجب الفداء حالا لان الفداء لم يجب بالقتل بدلا من القتيل وانما وجب بدلا عن دفع العبد والعبد لو دفع يدفع حالا فكذلك بدله والله سبحانه وتعالى أعلم هذا اذا كان القاتل حراً والمقتول حراً فاما اذا كان القاتل حراً والمقتول عبدا فالعبد المقتول لا يخلو اما ان كان عبد أجنبى (واما) ان كان عبد القاتل فان كان عبد أجنبى فيتعلق بهذا القتل حكمان أحدهما وجوب القيمة والكلام فى القيمة فى مواضع فى بيان مقدار الواجب منها وفى بيان من تجب عليه وفى بيان من يتحمله وفى بيان كيفية الوجوب أما الاول فالعبد لا يخلو اما ان كان قليل القيمة (واما) ان كان كثير القيمة فان كان قليل القيمة بان كان قيمته أقل من عشرة آلاف درهم يجب قيمته بالغة ما بلغت بالاجماع وان كانت قيمته عشرة آلاف أو أكثر اختلف فيه قال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله يجب عشرة آلاف الا عشرة وروى عن أبى يوسف فى غير رواية الاصول أنه يجب قيمته بالغة ما بلغت وهو قول الشافعى رحمه الله والمسألة مختلفة بين الصحابة رضى الله عنهم روى عن عبد الله بن مسعود رضى الله عنه مثل مذهبنا وروى عن سيدنا عثمان وسيدنا على رضى الله تعالى عنهما مثل مذهبه والحاصل أن العبد آدمى ومال لوجود معنى الآدمية والمالية فيه وكل واحد منهما معتبر مضمون بالمثل والقيمة حالة الانفراد وبالقتل فوت المعنيين جميعا ولا وجه الى ايجاب الضمان بمقابلة كل واحد منهما على الانفراد فلا بد من ايجابه بمقابلة أحدهما واهدار الآخر فيقع الكلام فى الترجيح فادعى الشافعى رحمه الله الترجيح من وجهين أحدهما أن الواجب مال ومقابلة المال بالمال أولى من مقابلة المال بالآدمى لان الاصل فى ضمان العدوان الوارد على حق العبد أن يكون مقيدا بالمثل ولا مماثلة بين المال والآدمى فكان ايجابه بمقابلة المال موافقا للاصل فكان أولى والثانى أن الضمان وجب حقا للعبد وحقوق العباد تجب بطريق الجبر وفى ايجاب الضمان بمقابلة المالية جبر حق المفوت عليه من كل وجه (ولنا) النص ودلالة الاجماع والمعقول أما النص فقوله تبارك وتعالى ومن قتل مؤمنا خطأً فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى أهله وهذا مؤمن قتل خطأ فتجب الدية والدية ضمان الدم وضمان الدم لا يزاد على عشرة آلاف بالاجماع (وأما) دلالة الاجماع فهو أنا أجمعنا على أنه لو أقر على نفسه بالقصاص يصح وان كذبه المولى ولولا أن الترجيح لمعنى الآدمية لما صح لانه يكون اقراره اهدارا لمال المولى قصدا من غير رضاه وانه لا يملك ذلك (وأما) المعقول فمن وجهين أحدهما أن الآدمية فيه أصل والمالية عارض وتبع والعارض لا يعارض الاصل والتبع لا يعارض المتبوع ودليل اصالة الآدمية من وجوه أحدها انه كان خلق آدميا ثم ثبت فيه وصف المالية بعارض الرق والثانى أن قيام المالية فيه بالآدمية وجوداً وبقاء لا على القلب والثالث أن المال خلق وقاية للنفس والنفس ما خلقت وقاية للمال فكانت الآدمية فيه أصلا وجودا

و بقاء وعرضاً والثانى أن حرمة الآدمى فوق حرمة المال لان حرمة المال لغيره وحرمة الآدمى لعينه فكان اعتبار النفسية واهدار المالية أولى من القلب الا أنه نقصت ديته عن دية الحر لكون الكفر منقصا فى الجملة واظهار الشرف الحرية وتقدير النقصان بالعشرة ثبت توفيقا قال ابن مسعود رضى الله عنه ينقص من دية الحر عشرة دراهم فالظاهر انه قال ذلك سماعا منه عليه الصلاة والسلام لانه من باب المقادير أولان هذا أدنى مال له فى خطر الشرع كما فى نصاب السرقة والمهر فى النكاح قوله المال ليس بمثل للآدمى قلنا نعم لكن لشرف الادمى وجه المال لم يجعل مثلا له عند امكان ايجاب ماهو مثل له من كل وجه وهو النفس فاما عند تعذر اعتباره من كل وجه فاعتبار المثل من وجه أولى من الاهدار وقوله الجبر فى المال أبلغ قلنا بلى لكن فيه اهدار الآدمى ومقابلة الجابر بالآدمى الفائت أولى من المقابلة بالمال الهالك وان كان الجبر ثمة أكثر لكن فيه اعتبار جانب المولى فيكون لغيره وفيما قلنا الجبر أقل لكن فيه اعتبار جانب نفس الآدمى وهو العبد وحرمة الآدمى لعينه فكان ماقلناه أولى ولو كان المقتول أمة فان كانت قليلة القيمة بان كانت قيمتها أقل من خمسة آلاف فهى مضمونة بقدر قيمتها بالغة مابلغت وان كانت كثيرة القيمة بان كانت قيمتها خمسة آلاف أو أكثر يجب خمسة آلاف الا عشرة عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وعلى رواية أبى يوسف رحمه الله له فهو قول الشافعى رحمه الله تبلغ بالغة مابلغت والكلام فى الامة كالكلام فى العبد وانما ينقص منها عشرة كما نقصت من دية العبد وان اختلفا فى قدر البدل لان هذه دية البدل لان هذه دية كاملة فى الامة فينقص فى العبد بخلاف ما اذا قطع يد عبد تزيد نصف قيمته على خمسة آلاف انه تجب خمسة آلاف الا خمسة لان الواجب هناك ليس بدية كاملة بل هو بعض الدية لان اليد منه نصف فيجب نصف مايجب فى الكل والواجب فى الانثى ليس بعض دية الذكر بل هو دية كاملة فى نفسها لكنها دية الانثى (وأما) بيان من يجب عليه ومن يتحملها فانها تجب على القاتل لوجود سبب الوجوب منه وهو القتل وتتحملها العاقلة فى قولهما وعلى رواية أبى يوسف وهو قول الشافعى رحمه الله تجب فى مال القاتل وهذا بناء على الاصل الذى ذكرنا ان عندهما ضمان العبد بمقابلة النفس وضمان النفس تتحمله العاقلة وكدية الحر وعند الشافعى بمقابلة المالية وضمان المال لا تتحمله العاقلة بل يكون فى مال المتلف كضمان سائر الاموال و روى عن أبى يوسف فى كثير القيمة ان بقدر عشرة آلاف تعقله العاقلة لان ذلك القدر يجب بمقابلة النفسية وما زاد عليها لا تعقله لانه يجب بمقابلة المالية (وأما) كيفية وجوب القيمة على العاقلة عندنا وقدر ما يتحمل كل واحد منهم فما ذكرنا فى دية الحر من غير تفاوت والله تعالى أعلم والثانى وجوب الكفارة لعموم قوله تبارك وتعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة من غير فصل بين الحر والعبد والله تعالى الموفق ولو كان المقتول مدبرا نسان أو أم ولده أو مكاتبه فحكمه حكم القن فى جميع ما وصفنا وان كان عبد القاتل فجناية المولى عليه هدر وكذا لو كان مدبره أو أم ولده لان القيمة لو وجبت لوجبت له عليه وهذا ممتنع وان كان مكاتبه فجناية المولى عليه لازمة وعلى المولى قيمته فى ثلاث سنين لان المكاتب فيما يرجع الى كسبه وارش جنايته حر فكان كسبه وارشه له فالجناية عليه من المولى والاجنبى سواء ولا تعقلها العاقلة بل تكون على ماله لقوله عليه الصلاة والسلام لا تعقل العاقلة عمدا ولا عبدا والمكاتب عندنا عبد مابقى عليه درهم ولان المكاتب على ملك مولاه وانما ضمن جنايته بعد الكتابة والعقد ثابت بينهما غير ثابت فى حق العاقلة ولهذا لا تعقل العاقلة الاعتراف لان اقرار المقر حجة فى حقه لا فى حق غيره وكذلك جناية المولى على رقيق المكاتب وعلى ماله لازمة لما ذكرنا أنه أحق بكسبه من المولى والمولى كالاجنبى فيه وكذا اذا كان مأذونا مديونا فعلى المولى قيمته لتعلق حق الغرماء برقبته وبالقتل أبطل محل حقهم فتجب عليه قيمته وتكون فى ماله بالنص وتكون حالة لانه ضمان اتلاف المال هذا اذا كان القاتل حرا والمقتول عبدا فاما اذا كان القاتل عبدا والمقتول حرا فالحر المقتول لا يخلو من أن يكون أجنبيا أو يكون ولى العبد فان كان أجنبيا فالعبد القاتل لا يخلو من أن يكون قنا أو مدبرا أو أم ولد أو مكاتبا فان كان قلنا يدفع اذا ظهرت جنايته الا أن

يختار المولى الفداء فلابد من بيان ما تظهر به هذه الجناية وبيان حكم هذه الجناية وبيان صفة الحكم وبيان ما يصير به المولى مختارا للفداء وشرط صحة الاختيار وبيان صفة الفداء الواجب عند الاختيار أما الاول فهذه الجناية تظهر بالبينة واقرار المولى وعلم القاضى ولا تظهر باقرار العبد محجورا كان أو مأذونا لان العبد يملك بالاذن بالتجارة ما كان من مال التجارة والاقرار بالجناية ليس من التجارة واذا لم يصح اقراره لا يؤخذ به لا فى الحال ولا بعد العتاق لان موجب اقراره لا يلزمه وانما يلزم مولاه فكان هذا اقرارا على المولى حتى لو صدقه المولى صح اقراره وكذلك لو أقر بعد العتاق انه كان جنى فى حال الرق لا شئ عليه لما ذكرنا ان هذا اقراره على المولى ألا يرى لو صدقه المولى وأقر أنه أعتقه وهو يعلم بالجناية فعلى المولى قيمته والله سبحانه وتعالى أعلم وأما حكم هذه الجناية فوجوب دفع العبد الى ولى الجناية الا أن يختار المولى الفداء عندنا وقال الشافعى رحمه الله حكمها تعلق الارش برقبة العبد يباع فيه ويستوفى الارش من ثمنه فان فضل منه شئ فالفضل للمولى وان لم يف ثمنه بالارش يتبع بما بقى بعد العتاق وللمولى أن يستخلصه ويؤدى الارش من مال آخر (وجه) قوله أن الاصل فى ضمان الجناية أنه يجب على الجانى والواجب على الانسان اما ان يكون فى ماله أو تتحمل العاقلة عنه والعبد لا مال له ولا عاقلة فتعذر الايجاب عليه فتجب فى رقبته يباع فيه كدين الاستهلاك فى الاموال (ولنا) اجماع الصحابة رضى الله عنهم فانه روى عن سيدنا على وعن عبد الله بن عباس رضى الله عنهما مثل مذهبنا بحضر من الصحابة رضى الله عنهم ولم ينقل الانكار عليهما من أحد منهم فيكون اجماعا منهم والقياس يترك بمعارضة الاجماع ودين الاستهلاك فى باب الاموال يجب على العبد على ما عرف وأما صفة هذا الحكم فصيرورة العبد واجب الدفع على سبيل التعيين كثرت قيمة العبد أو قلت وعند اختيار المولى الفداء ينتقل الحق من الدفع الى الفداء سواء كان المجنى عليه واحدا أو أكثر غير انه ان كان واحدا دفع اليه ويصير كله مملوكا له وان كانوا جماعة يدفع اليهم وكان مقسوما بينهم على قدر اروش جناياتهم وسواء كان على العبد دين وقت الجناية أو لم يكن وبيان هذه الجملة فى مسائل اذا مات العبد الجانى قبل اختيار الفداء بطل حق المجنى عليه أصلا لان الواجب دفع العبد على طريق التعيين وذلك لا يتصور بعد هلاك العبد فيسقط الحق أصلا ورأسا وهذا يدل على أن قول من يقول حكم هذه الجناية تخير المولى بين الدفع والفداء ليس بسديد لانه لو كان كذلك لتعين الفداء عند هلاك العبد ولم يبطل حق المجنى عليه أصلا على ما هو الاصل فى المخير بين شيئين اذا هلك أحدهما أنه يتعين عليه الآخر ولو مات بعد اختيار الفداء لا يبرأ بموت العبد لانه لما اختار الفداء فقد انتقل الحق من رقبته الى ذمة المولى فلا تحتمل السقوط بهلاك العبد بعد ذلك ولو كانت قيمة العبد أقل من الدية فليس على المولى الا الدفع لان وجوب الدفع حكمه لهذه الجناية ثبت باجماع الصحابة رضى الله عنهم ولم يفصلوا بين قليل القيمة وكثيرها فلو جنى العبد على جماعة فان شاء المولى دفعه اليهم لان تعلق حق المجنى عليه للاول لا يمنع حق الثانى والثالث لان ملك المولى لما لم يمنع التعلق فالحق أولى لانه دونه واذا دفعه اليهم كان مقسوما بينهم بالحصص قدر اروش جناياتهم فان حصة كل واحد منهم من العبد عوض عن الفائت فيتقدر بقدر الفائت وان شاء أمسك العبد وغرم الجنايات بكمال أروشها ولو أراد المولى أن يدفع من العبد الى بعضهم مقدار ما يتعلق به حقه ويفدى بعض الجنايات له ذلك بخلاف ما اذا كان القتيل واحدا وله وليان فأراد المولى دفع العبد الى أحدهما والفداء الى الآخر أنه ليس له ذلك لان الجناية هناك واحدة ولها حكم واحد وهو وجوب الدفع على التعيين وعند اختيار الفداء وجوب الفداء على التعيين ولا يجوز أن يجمع فى جناية واحدة بين حكمين مختلفين بخلاف ما اذا جنى على جماعة لان الجناية هناك متعددة وله خيار الدفع والفداء فى كل واحد منهما والدفع فى البعض والفداء فى البعض لا يكون جمعا بين حكمين مختلفين فى جناية واحدة فهو الفرق ولو قتل انسانا وفقأ عين آخر فان اختار الدفع دفعه اليهما اثلاثا لتعلق حقهما بالعبد اثلاثا وان اختار الفداء فدى عن كل جناية بارشها وكذلك اذا شج انسانا شجاجا مختلفة انه ان دفع العبد اليهم كان مقسوما بينهم على قدر جناياتهم وان اختار الفداء فدى عن الكل

بأرشها ولو قتل العبد رجلا وعلى العبد دين يخير المولى بين الدفع والفداء ولا يبطل الدين بحدوث الجناية لان
موجب الجناية وجوب الدفع وتعلق الدين برقبة العبد لا يمنع من الدفع الا أنه يدفعه مشغولا بالدين فان فدى بالدية يباع
العبد فى الدين لانه لما فدى فقد طهرت رقبة العبد عن الجناية فيباع الا أن يستخلصه المولى لنفسه ويقضى دين الغرماء
وان اختار الدفع الى أولياء الجناية فدفعه اليهم يباع لاجل الغرماء فى دينهم وانما بدئ بالدفع لا بالدين لان فيه رعاية
الحقين حق أولياء الجناية بالدفع اليهم وحق أصحاب الدين بالبيع لهم ولو بدئ بالدين فبيع به لبطل حق أولياء الجناية
فى الدفع لانه بالبيع يصير ملكا للمشترى فلذلك بدئ بالدفع وفائدة الدفع الى أولياء الجناية ثم البيع هى أن يثبت لهم حق
استخلاص العبد بالفداء لان للناس أغراضا فى الاعيان ثم اذا بيع فان فضل شئ من ثمن العبد كان الفضل لاولياء
الجناية لان العبد بيع على ملكهم لصيرورته ملكا لهم بالدفع اليهم وان لم يف ثمنه بالدين يتأخر ما بقى الى ما بعد العتاق كما
لو بيع على ملك المولى الاول ولا يضمن المولى لاصحاب الدين بدفع العبد الى أولياء الجناية شيأ استحسانا والقياس
أن يضمن (وجه) القياس أن الدفع اليهم تمليك منهم بعد تعلق الدين برقبته فصار كانه باعه منهم ولو باعه منهم لضمن
كذا هذا (وجه) الاستحسان أن الدفع واجب عليه لما فيه من رعاية الحقين لما بينا ومن فعل ما وجب عليه
لا يضمن ولو حضر الغرماء أولا فباع المولى العبد فان فعل ذلك بغير أمر القاضى ينظر ان كان عالما بالجناية صار مختارا
للفداء ولزمه الارش وان كان غير عالم بالجناية فعليه الاقل من قيمة العبد ومن الارش وهو الدية وان كان رفع الى
القاضى فان كان القاضى عالما بالجناية فانه لا يبيع العبد بالدين لان فيه ابطال حق أولياء الجناية فلا يملك ذلك وان لم
يكن عالما بالجناية فباعه بالدين ببينة قامت عنده أو بعلمه ثم حضر أولياء الجناية ولا فضل فى الثمن بطلت الجناية وسقط
حق أولياء الجناية لانه خرج عن ملك المولى بغير رضاه فصار كانه مات وهذا لانه لا سبيل الى تضمين القاضى لانه فيما
يصنعه أمين فلا تلحقه العهدة ولا سبيل الى فسخ البيع لانه لو فسخ البيع ودفع بالجناية لوقعت الحاجة الى البيع ثانيا
فتعذر القول بالفسخ فصار كانه مات ولو مات لبطل حق أولياء الجناية أصلا كذا هذا والله سبحانه وتعالى أعلم ولو
قتل العبد الجانى قبل الدفع فان كان القاتل حرا يأخذ المولى قيمته ويدفعها الى ولى الجناية ان كان واحدا وان كانوا
جماعة يدفعها اليهم على قدر حقوقهم لان القيمة بدل العبد فتقوم مقامه الا أنه لا خيار للمولى بين القيمة والفداء حتى لو
تصرف فى تلك القيمة لا يصير مختارا للفداء ولو تصرف فى العبد يصير مختارا للفداء على ما ذكر وانما كان كذلك لان
القيمة دراهم أو دنانير فان كانت مثل الارش فلا فائدة فى التخيير وكذلك ان كانت أقل من الارش أو أكثر منه لانه
يختار الاقل لا محالة بخلاف العبد فانه وان كان قليل القيمة فللناس رغائب فى الاعيان وكذلك ان قتله عبد أجنبى
فخير مولاه بين الدفع والفداء وفدى بقيمة العبد المقتول أن المولى يأخذ القيمة ويدفعها الى ولى الجناية لما قلنا ولو دفع
القاتل الى مولى العبد المقتول يخير مولى العبد المقتول بين الدفع والفداء حتى لو تصرف فى العبد المدفوع بالبيع ونحوه
يصير مختارا للفداء لان العبد القاتل قام مقام المقتول لحما ودما فكان الاول قائم وان قتله عبد آخر لمولاه يخير المولى فى
شيئين فى العبد القاتل بين الدفع والفداء لان تعلق حق ولى الجناية بالعبد جعل المولى كالاجنبى فصار كان عبد أجنبى
قتل العبد الجانى وهناك يخير بين الدفع والفداء بقيمة المقتول كذا ههنا وكذلك لو قتل عبد رجلا خطأ وقتلت أمة
لمولاه هذا العبد يخير المولى بين دفعها وفدائها بقيمة العبد لما قلنا ولو كان العبد قتل رجلا خطأ وقتلت أمة لمولاه
رجلا آخر خطأ ثم ان العبد قتل الامة خير المولى بين الدفع والفداء فان اختار الفداء فدى بالدية وقيمة الامة وان اختار
الدفع ضرب فيه أولياء قتيل العبد بالدية وأولياء قتيل الامة بقيمة الامة لان الجناية عليها كالجناية على أمة أجنبى
قتلت رجلا خطأ ولو كانت قيمة الامة ألفا كان العبد مقسوما بينهم على احد عشر سهما سهم لاولياء قتيل الامة وعشرة
أسهم لاولياء قتيل العبد فان قطع عبد لاجنبى يد العبد الجانى أو فقأ عينه أو جرحه جراحة تخير مولى العبد القاطع
أو الفاقئ أو الجارح بين الدفع والفداء فان دفع عبده أو فداه بالارش فمولى العبد المقطوع يخير بين الدفع والفداء فان

شاءدفع عبده المقطوع مع العبد القاطع أو مع ارش يد عبده المقطوع وان شاء فدى عن الجناية بالارش لان العبد المقطوع كان واجب الدفع بجميع أجزائه وارش يده بدل جزئه وكذا العبد المدفوع قائم مقام يده فكان واجب الدفع الا أن يختار الفداء فينقل الحق من العبد الى الارش ولو كسب العبد الجانى كسبا أو كان الجانى أمة فولدت بعد الجناية فاختار المولى الدفع لم يدفع الكسب ولا الولد بخلاف الارش أنه يدفع والفرق أن الارش بدل جزء كان واجب الدفع وحكم البدل حكم المبدل بخلاف الكسب والولد ولو قطعت يد العبد فأخذ المولى الارش ثم اختلف المولى وولى الجناية فادعى المولى ان القطع كان قبل جنايته وان الارش سالم له وادعى ولى الجناية انه كان بعدها وانه مستحق الدفع مع العبد فالقول قول المولى لان الارش ملك المولى كالعبد لانه بدل ملكه فولى الجناية يدعى عليه وجوب تمليك مال هو ملكه منه وهو ينكر فكان القول قوله مع يمينه ولو قطعت يد عبد أو فقئت عينه وأخذ المولى الارش ثم جنى جناية فان شاء المولى اختار الفداء وان شاء دفع العبد كذلك ناقصا وسلم له ما كان أخذ من الارش لان وجوب الدفع بسبب الجناية وهو كان عند الجناية ناقصا بخلاف ما اذا قطعت يده بعد الجناية انه يدفع مع ارش اليد لان العبد وقت الجناية عليه كان واجب الدفع بجميع أجزائه والارش بدل الجزء فيجب دفعه مع العبد ولو قتل قتيلا خطأ ثم قطعت يده ثم قتل قتيلا آخر خطأ فارش يده يسلم لولى الجناية الاولى لان حقه كان متعلقا بجميع أجزائه وقت الجناية والارش بدل الجزء فيقوم مقامه فيسلم له فاما حق الثانى فلم يتعلق بالجزء لانعدامه وقت الجناية ثم يدفع العبد فيكون بين وليي الجنايتين على تسعة وثمانين جزأ لان موضوع المسئلة فيما اذا كانت قيمة العبد ألف درهم فنقول حق ولى كل جناية فى عشرة آلاف وقد استوفى ولى الجناية الاولى من حقه خمسمائة فيجعل كل خمسمائة سهما فيكون كل العبد أربعين سهما حق كل واحد منهما فى عشرين وقد أخذ ولى الجناية الاولى من حقه خمسمائة أو بقى حقه فى تسعة عشر سهما ولم يأخذ ولى الجناية الثانية شيأ فبقى حقه فى عشرين جزأ من العبد وان اختار الفداء فدى عن كل واحد من الجنايتين بعسرة آلاف لان ذلك ارشها ولو شج انسانا موضحة وقيمته ألف درهم ثم قتل آخر وقيمته ألفان فان اختار الفداء فدى عن كل واحدة من الجنايتين بارشها وان اختار الدفع دفعه مقسوما بينهما على أحد وعشرين سهما سهم لصاحب الموضحة وعشرون لولى القتيل لما ذكرنا أن قسمة العبد بينهما على قدر تعلق حق كل واحد منهما به وصاحب الموضحة حقه فى خمسمائة وحق ولى القتيل فى عشرة آلاف فيجعل كل خمسمائة سهما فتكون القسمة على أحد وعشرين وما حدث من زيادة القيمة للعبد والزيادة على الشركة أيضا لانها صفة الاصل واذا ثبتت الشركة فى الاصل ثبتت فى الصفة وكذلك لو قتل انسانا خطأ وقيمته وقت القتل ألفان ثم عمى بعد القتل قبل الشجة ثم شج انسانا موضحة كانت القسمة بينهما على احد وعشرين وما حدث فيه من النقصان فهو على الشركة أيضا لما قلنا والله سبحانه وتعالى أعلم ولو جنى جناية ففداه المولى ثم جنى جناية أخرى خير المولى بين الدفع والفداء لانه لما فدى فقد طهر العبد عن الجناية وصار كأنه لم يجن فاذا جنى بعد ذلك فهذه جناية مبتدأة فيبتدأ بحكمها وهو الدفع أو الفداء بخلاف ما اذا جنى ثم جنى جناية أخرى قبل اختيار الفداء انه يدفع اليهما جميعا أو يفدى لانه لما لم يفد للاولى حتى جنى ثانيا فحق كل واحد منهما تعلق بالعبد فيدفع اليهما أو يفدى ولو قتل العبد رجلا وله وليان فدفعه المولى الى أحدهما فقتل عبده رجلا آخر ثم حضر وايقال للمدفوع اليه ادفع نصف العبد الى ولى القتيل الثانى أو نصف الدية وأما النصف الآخر فيؤمر بالرد على المولى بين الدفع الى ولى الجناية الثانية وولى الجناية الاولى الذى لم يدفع اليه (أما) وجوب دفع نصف العبد على المدفوع اليه الى ولى القتيل الثانى أو الفداء فلانه ملك نصف العبد بالدفع فيخير فى جنايته بين الدفع والفداء (وأما) وجوب رد نصف العبد الى المولى فلانه أخذه بغير حق فعليه رده لقوله عليه الصلاة والسلام على اليد ما أخذت حتى ترده ولا يخير المولى فى النصف بين الدفع الى ولى الجنايتين و بين الفداء لان وقت الجناية الاولى كان كل العبد على ملكه ووقت وجود الثانية كان نصفه على ملكه فيوجب الدفع أو الفداء

فان اختار الفداء فدى لكل واحد منهما بنصف الدية وان دفع دفع نصف العبد اليهما نصفين لان الدفع على قدر تعلق الحق وحق كل واحد منهما تعلق بنصف فيكون نصف العبد بينهما نصفين وقد كان وصل النصف الى ولى الجناية الثانية من جهة المدفوع اليه ووصل اليه بالدفع من المولى الربع فسلم له ثلاثة أرباع العبد وسلم لولى الجناية الاولى الذى لم يدفع اليه العبد الربع فصار العبد بينهما أرباعا ثلاثة أرباعه لولى الجناية الثانية وربعه لولى الجناية الاولى وبقى الى تمام حقه الربع ثم لا يخلو اما ان كان المولى دفع كل العبد بقضاء القاضى أو بغير قضاء القاضى فان كان الدفع بقضاء لا يضمن المولى لان الدفع اذا كان بقضاء كان هو مضطرا فى الدفع فلا يضمن ولا سبيل الى تضمين القاضى لان القاضى فيما يصنع أمين فلا تلحقه العهدة ويضمن القابض لانه قبض نصيب صاحبه بغير حق والقبض بغير حق سبب لوجوب الضمان كقبض الغصب ولا يخرج عن الضمان بالرد الى المولى لانه لم يرده على الوجه الذى قبض العبد فارغا ورده مشغولا وان كان الدفع بغير قضاء القاضى فولى الجناية الذى لم يدفع اليه العبد بالخيار ان شاء ضمن المولى ربع قيمة العبد وان شاء ضمن القابض ليسلم له نصف العبد ربعه لحم ودم وربعه دراهم ودنانير لانه وجد سبب وجوب الضمان فى حق كل واحد منهما الدفع من المولى والقبض من القابض فان اختار تضمين المولى فالمولى يرجع على القابض وان اختار تضمين القابض لا يرجع على المولى لان حاصل الضمان عليه ولو قتل العبد قتيلين خطأ فدفعه المولى الى أحد وليى القتيلين فقتل عنده قتيلا آخر واجتمعوا فان القابض يدفع نصف العبد بالجناية أو يفدى نصف الجناية لما ذكرنا فى الفصل الاول ثم يقال للمولى ادفع النصف الباقى الى ولى الجناية الثالثة أو أفد بنصف الدية خمسة آلاف لانه قد وصل اليه نصف العبد وبقى حقه فى النصف ويفدى لولى الجناية الثانية بكمال الدية عشرة آلاف لانه لم يصل اليه شئ من حقه وله ان يدفع نصف العبد اليهما فان دفع اليهما كان مقسوما بينهما على قدر حقيهما فيضرب ولى الجناية الثانية فيه بعشرة آلاف وولى الجناية الثالثة بخمسة آلاف فيصير نصف العبد بينهما أثلاثا ثلثاه لولى الجناية الثانية وثلثه لولى الجناية الثالثة وبقى من حق الثانى السدس لان حقه فى نصف العبد وقد حصل له ثلثا النصف وهو ثلث كل العبد فبقى الى تمام حقه السدس فان كان الدفع بقضاء القاضى ضمن القابض المولى وان كان بغير قضاء فان شاء ضمن المولى وان شاء ضمن القابض كما فى المسئلة المتقدمة ولو قتل العبد انسانا وفقأ عين آخر فدفع المولى العبد الى المفقوءة عينه فقتل فى يده قتيلا يقال للمفقوءة عينه ادفع ثلث العبد الى ولى القتيل الثانى اوافده بالثلث ورد الثلثين على المولى لانه أخذ الثلث بحق ملكه وأخذ الثلثين بغير حق فيؤمر بالرد الى المولى ثم يخير المولى بين الدفع والفداء فان اختار الفداء فدى للاول تمام الدية عشرة آلاف وللثانى بثلثى الدية وذلك ستمائة وستة وستون وثلثان وان اختار الدفع دفع اليهما مقسوما بينهما على قدر حقيهما فيتضاربان يضرب الاول بتمام الدية عشرة آلاف والثانى بثلثى الدية ستة آلاف وستة وستين وثلثين فاجعل كل الف سهما وستمائة فيصير ثلثا الدية بينهما على ستة عشر سهما وثلثين فيكون كل العبد على خمسة وعشرين سهما وقد أخذ ولى القتيل الثانى منه ثلثه وهو ثمانية وثلث وبقى ثلثاه فيكون بينهما لولى القتيل الاول عشرة ولولى القتيل الثانى ستة وثلثان ثم ولى القتيل الاول يرجع على القابض وهو المفقوءة عينه بستة أجزاء من ستة عشر جزأ وثلثى جزء من ثلثى قيمته لان هذا القدر كان حقه وقد فات عليه بسبب كان فى يد القابض فيجعل كانه هلك عنده فيضمنه لولى القتيل الاول فان كان الدفع بغير قضاء القاضى له أن يأخذ أيهما شاء كما فى الفصل الاول وطريقة أخرى فى الحساب انه اذا دفع ثلثى العبد اليهما اوضرب أحدهما بالدية والآخر بثلثى الدية يجعل كل ثلث سهما فيصير كل الدية ثلاثة أسهم وثلثا الدية سهمين فيصير ثلثا العبد على خمسة أسهم للاول ثلاثة وللآخر سهمان ويصير الثلث الآخر سهمين ونصف فيصير جميع العبد على سبعة ونصف فوقع فيه كسر فيضعف فيصير خمسة عشر فالثلث منه خمسة وقد دفع الى الآخر وثلثا العبد عشرة فيقسم بينهما فيضرب الاول بثلاثة أخماسه وهو ستة أسهم والآخر بأربعة أسهم ثم

يرجع الاول على القابض بخمس ثلثي قيمة العبد والله سبحانه وتعالى أعلم ولو قتلت أمة رجلا ثم ولدت بنتا فقتلت البنت رجلا ثم ان البنت قتلت أمها فالمولى يخير بين دفع البنت الى ولي الجنايتين و بين الفداء فان اختار الفداء فدى لاولياء قتيل البنت بالدية ولاولياء قتيل الام بقيمة الام لما ذكرنا فيما تقدم ان تعلق حق المجني عليه وهو حق الدفع الحق المولى بالاجنبي فتصير كانها جنت على جارية أخرى لاجنبي وان اختار الدفع ضرب أولياء قتيل البنت بالدية وأولياء قتيل الام بقيمة العبد فيقسم العبد بينهم على ذلك حتى لو كانت قيمة الام الف درهم كانت القسمة على احدى عشر سهما كل الف درهم سهم سهم من ذلك لاولياء قتيل الام وعشرة أسهم لاولياء قتيل البنت ولو كانت البنت فقأت عين الام ولم تقتلها فالمولى يخير بين الدفع والفداء لا يخلو (اما) ان يختار دفعهما جميعا (واما) ان يختار فداءهما جميعاً (واما) ان يختار فداء البنت ودفع الام (واما) ان يختار فداء الام ودفع البنت فان اختار دفعهما جميعاً يدفع الام الى أولياء قتيل الام وهذا ظاهر و يدفع البنت الى أولياء قتيل البنت والى أولياء قتيل الام وكانت مقسومة بينهم على قدر حقوقهم فيتضاربون فيها يضرب اولياء قتيل البنت فيها بالدية لان حقهم تعلق بكل البنت وأولياء قتيل الام بنصف قيمة الام لانها فقأت احدى عينيها والعين من الآدمي نصفه فان اختار فداءهما جميعاً فدى الكل فريق من أولياء الجنايتين بتمام الدية لان ذلك أرش كل واحد من الجنايتين وسقطت جناية البنت على الام لانهما جميعا ملك المولى وقد طهرتا عن الجناية بالفداء وخلص ملك المولى فيهما فبقيت جناية البنت عليهما جناية ملك المولى على ملكه فتكون هدرا وان اختار دفع الام وفداء البنت دفع الام الى أولياء قتيل الام ثم يفدى البنت يفدى لاولياء قتيل البنت بالدية ولاولياء قتيل الام بنصف قيمة الام لما بينا وان اختار دفع البنت وفداء الام يدفع البنت الى أولياء قتيل البنت و يفدى لاولياء قتيل الام بكمال الدية و بطلت جناية البنت على الام لان الام طهرت بالفداء وخلص ملك المولى فيها فصار جناية البنت على أمها جناية ملك المولى على ملكه فتكون هدراً ولو أن الام بعد ذلك فقأت عين البنت قبل أن تدفع واحدة منهما فان المولى يخير فيهما جميعا فيبدأ بالبنت لانها هي التي بدأت بالجناية فيدفع الى أولياء الجنايتين فيتضاربون فيها فيضرب فيها أولياء قتيل البنت بالدية وأولياء قتيل الام بنصف قيمة الام لما بينا في المسئلة الاولى ثم يدفع الام اليهم فيتضاربون فيها فيضرب فيها أولياء قتيل الام بالدية الا ما وصل اليهم من أرش البنت و يضرب فيها أولياء قتيل البنت بنصف قيمة البنت لان كل واحدة منهما جنت جنايتين فتدفع كل واحدة بجنايتها طعن في هذا الجواب وقيل ينبغي اذا دفع البنت في الابتداء أن يضرب فيها أولياء قتيل الام بنصف قيمة الام وأولياء قتيل البنت بالدية الا ما يصل اليهم في المستأنف لانه يصل اليهم بعض الام فينبغي أن لا يضربوا بتمام الدية والصحيح ما ذكر في الكتاب لان البنت حين دفعت كان حق أولياء قتيل البنت في تمام الدية ولم يكن وصل اليهم شئ فوجب أن يضربوا بجميع ذلك والزيادة التي تظهر لهم في المستأنف لا عبرة بها لان القسمة قد صحت وقت الدفع فلا تتغير بعد ذلك كما قالوا في رجل مات وعليه لرجل ألف ولآخر ألفان وترك ألفاً فاقتسماها أثلاثا ثم ان صاحب الالفين أبرأ الميت عن ألف ان القسمة الاولى لا تنتقض كذا هذا ولو جنت الامة جناية ثم ولدت ولداً فقطع ولدها يدها يدفع الولد مع الام لما ذكرنا أن الولد في حكم الجناية على الام بمنزلة الاجنبي فصار كأن عبد أجنبي قطع يدها ودفع بالجناية وهناك يدفع العبد مع الجارية لكونه قائما مقام يد الجارية كذا هذا والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) بيان ما يصير به المولى مختار اللفداء وبيان صحة الاختيار فنقول ما يصير به المولى مختار اللفداء نوعان نص ودلالة (أما) النص فهو الصريح بلفظ الاختيار وما يجري مجراه نحو أن يقول اخترت الفداء أو آثرته أو رضيت به ونحو ذلك سواء كان المولى موسراً أو معسراً في قول أبي حنيفة رضي الله عنه فيسار المولى ليس بشرط لصحة الاختيار عنده حتى لو اختار الفداء ثم تبين أنه فقير معسر صح اختياره وصارت الدية دينا عليه (وعندهما) يسار المولى شرط صحة اختياره الفداء ولا يصح اختياره اذا كان معسراً الا برضا الاولياء و يقال له اما أن تدفع أو تفدى حالا كذا ذكر الاختلاف

فى ظاهر الرواية وذكر الطحاوى قول محمد مع قول أبى حنيفة فى جواز الاختيار وقال الآن عند محمد الدية تكون فى عين العبد لولى الجناية يبيعه فيها المولى لولى الجناية وهكذا روى عن أبى يوسف (وجه) قولهما أن الحكم الاصلى لهذه الجناية هو لزوم الدفع وعند الاختيار ينتقل الى الذمة فيتقيد الاختيار بشرط السلامة ولا سلامة مع الاعسار فلا ينتقل اليها فيبقى العبد واجب الدفع ولابى حنيفة رحمه الله أن العزيمة ما قالا وهو وجوب الدفع لكن الشرع رخص له الفداء عند الاختيار والاعسار لا يمنع صحة الاختيار لانه لا يقدح فى الاهلية والولاية وقد وجد الاختيار مطلقاً عن شرط السلامة فلا يجوز تقييد المطلق الا بدليل (وأما) الدلالة فهى أن يتصرف المولى فى العبد تصرفا يفوت الدفع أو يدل على امساك العبد مع العلم بالجناية فكل تصرف يفوت الدفع أو يدل على امساك العبد مع العلم بالجناية يكون اختيار للفداء لان حق المجنى عليه متعلق بالعبد وهو حق الدفع وفى تفويت الدفع تفويت حقه والظاهر أن المولى لا يرضى بتفويت حقه مع العلم بذلك الا بما يقوم مقامه وهو الفداء فكان اقدامه عليه اختيارا للفداء وعلى هذا الاصل يخرج المسائل اذا باع العبد بيعا باتا وهو عالم بالجناية صار مختارا لانه تصرف مزيل للملك فيفوت الدفع وكذا اذا باع بشرط خيار المشترى أما على أصلهما فلا يشكل لان المبيع دخل فى ملك المشترى (وأما) على أصل أبى حنيفة فلان خيار المشترى ان كان يمنع دخول المبيع فى ملكه فلا يمنع زواله عن ملك البائع وهذا يكفى دلالة الاختيار لانه يفوت الدفع ولو باع على أنه بالخيار فان مضت مدة الخيار قبل مضى المدة كان مختاراً لان البيع انبرم قبل الدفع ولو نقض البيع لم يكن مختارا لان الملك لم يزل فلم يفت الدفع ولو عرض العبد على البيع لم يكن ذلك اختيارا عند اصحابنا الثلاثة رحمهم الله وقال زفر رحمه الله يكون اختيارا (وجه) قوله أن العرض على البيع دليل استيفاء الملك الا ترى أن المشترى بشرط الخيار اذا عرض المشترى على البيع بطل اختياره فكان دليل امساك العبد لنفسه وذلك دليل اختيار الفداء لما بينا (ولنا) أن العرض على البيع لا يوجب زوال الملك فلا يفوت الدفع وليس دليل امساك العبد أيضاً بل هو دليل الاخراج من الملك فلا يصلح دليل اختيار الفداء ولو باعه بيعاً فاسدا لم يكن مختارا حتى يسلمه الى المشترى لان الملك لا يزول قبل التسليم فلا يفوت الدفع ولو وهبه من انسان وسلمه اليه صار مختاراً لان الهبة والتسليم يزيلان الملك فيفوت الدفع ولو كانت الجناية فيما دون النفس فوهبه المولى من المجنى عليه لا يصير مختاراً ولا شئ على المولى ولو باعه من المجنى عليه كان مختاراً لان التسليم بالهبة فى معنى الدفع لان كل واحد منهما تمليك بغير عوض فوقعت الهبة موقع الدفع بخلاف البيع لانه تمليك بعوض والدفع تمليك بغير عوض فلا يقوم مقامه فكان الاقدام على البيع منه اختياراً للفداء وكذلك لو تصدق به على انسان أو على المجنى عليه فهو والهبة سواء لان كل واحد منهما تمليك بغير عوض ولو اعتقه أو دبره أو كانت امة فاستولدها وهو عالم بالجناية صار مختاراً لان هذه التصرفات تفوت الدفع اذ الدفع تمليك وانها تمنع من التمليك فكانت اختياراً للفداء ولو كانت جناية العبد فيما دون النفس فأمر المولى المجنى عليه باعتاقه وهو عالم بالجناية صار المولى مختارا للفداء لان اعتاقه بأمره مضاف اليه فكان دليل اختيار الفداء كما لو أعتق بنفسه ولو قال لعبده ان قتلت فلانا فانت حر فقتله صار مختارا للفداء عند أصحابنا الثلاثة رحمهم الله وعند زفر رحمه الله لا يكون مختارا (وجه) قوله انه انما صار معتقاً بالقول السابق وهو قوله أنت حر ولا جناية عند ذلك وبعد وجود الجناية لا اعتاق فكيف يصير مختارا (ولنا) أن المعلق بالشرط يصير منجزا عند وجود الشرط بتنجيز مبتدإ كأنه قال له بعد وجود الجناية أنت حر ونظيره اذا قال لامرأته وهو صحيح اذا مرضت فأنت طالق ثلاثا فمرض حتى وقع الطلاق عليها يصير فارا عن الميراث حتى ترثه المرأة وان كان التعليق فى حالة الصحة لما قلنا كذا هذا ولو أخبر المولى انسان ان عبده قد جنى فاعتقه فان صدقه ثم أعتقه صار مختارا للفداء بلا خلاف وان كذبه فاعتقه لا يصير مختارا عند أبى حنيفة رحمه الله ما لم يكن المخبر رجلان أو رجل

واحد عدل وعندهما يصير مختارا للفداء ولا يشترط العدد فى المخبر ولا عدالته وقد ذكرنا المسئلة فى كتاب الوكالة ولو كاتبه وهو عالم بالجناية صار مختارا اختيارا على التوقف لفوات الدفع فى الحال على التوقف فان أدى بدل الكتابة فعتق تقرر الاختيار وان عجز ورد فى الرق ينظر فى ذلك ان خوصم قبل أن يعجز فقضى بالدية ثم عجز لا يرتفع القضاء لان الدية كانت وجبت بالكتابة من حيث الظاهر وتقرر الوجوب باتصال القضاء به وان لم يخاصم حتى عجز كان للمولى ان يدفعه لان الدفع كان لم يثبت على القطع والبتات لاحتمال ان يعجز فان عجز جعل كان الكتابة لم تكن فكان له ان يدفعه وروى عن أبى يوسف انه يصير مختارا بنفس الكتابة لتعذر الدفع بنفسها لزوال يده عنه ثم عادت اليه بسبب جديد وهو العجز ولو كاتبه كتابة فاسدة كان ذلك اختيارا منه بخلاف البيع الفاسد أنه لا يكون اختيارا بدون التسليم لان الكتابة الفاسدة وهى تعلق العتق بالاداء تثبت بنفس العقد والبيع الفاسد لا يفيد الحكم بنفسه بل بواسطة التسليم (وأما) الاجارة والرهن والتزويج بان زوج العبد الجانى امرأة أو زوج الامة الجانية انسانا فهل يكون اختيارا ذكر فى ظاهر الرواية أنه لا يكون اختيارا لان الدفع لم يفت لان الملك قائم فكان الدفع ممكنا فى الجملة وذكر الطحاوى رحمه الله أنه يكون اختيارا لان الدفع للحال متعذر فاشبه البيع والتزويج تعييب فاشبه التعييب حقيقة ولو أقر به لغيره لا يكون مختارا كذا ذكر فى الاصل لان الاقرار به لغيره لا يفوت الدفع لان المقر مخاطب بالدفع أو الفداء وذكر الكرخى رحمه الله فى مختصره أنه يكون مختارا لان اقراره به لغيره فى معنى التمليك منه اذ العبد ملكه من حيث الظاهر لوجود دليل الملك وهو اليد فاذا أقر به لغيره فكانه ملكه منه ولو قتله المولى صار مختارا لانه فوت الدفع بالقتل ولو قتله أجنبى فان كان عمدا بطلت الجناية وللمولى أن يقتله قصاصا لانه فات محل الدفع لا الى خلف هو مال فتبطل الجناية وان كان خطأ يأخذ المولى القيمة ويدفعها الى ولى الجناية ولا يخير المولى فى القيمة على ما بينا فيما تقدم ولو لم يقتله المولى ولكن عيبه بان قطع يده أو فقأ عينه أو جرحه جراحة أو ضربه ضربا أثر فيه ونقصه وهو عالم بالجناية صار مختارا للفداء لانه بالنقصان حبس عن المجنى عليه جزأ من العبد وحبس الكل دليل اختيار الفداء لانه دليل امساك العبد لنفسه فكذا حبس الجزء ولان حكم الجزء حكم الكل والله سبحانه أعلم ولو ضرب المولى عينه فابيضت وهو عالم بالجناية حتى جعل مختارا ثم ذهب البياض فان ذهب قبل أن يخاصم فيه بطل الاختيار ويؤمر بالدفع أو الفداء لانه انما جعل مختارا لاجل النقصان وقد زال فجعل كان ذلك لم يكن وان خوصم فى حال البياض فضمنه القاضى القيمة ثم زال البياض فقضاء القاضى نافذ لا يرد ولا يبطل اختياره لان اختياره وقع صحيحا ووجب الدين وقد استقر باتصال القضاء به وان استخدمه وهو عالم بالجناية لا يصير مختارا للفداء لانه لا يفوت الدفع بالاستخدام لقيام الملك وكذا الاستخدام لا يختص بالملك ولهذا لا يبطل به خيار الشرط فلا يكون دليلا على امساك العبد لنفسه فان عطب فى الخدمة فلا ضمان عليه وبطل حق ولى الجناية لان الاستخدام ليس باختيار لما بينا ولم يوجد منه تصرف آخر يدل على الاختيار فصار كانه عطب قبل الاستخدام ولو كان الجانى أمة فوطئها المولى فان كانت بكرا فقد صار مختارا لانه فوت جزأ منها حقيقة بازالة البكارة وهى ازالة العذرة وان كانت ثيبا فان علقت منه صار مختارا وان لم تعلق لا يصير مختارا وهذا جواب ظاهر الرواية وروى عن أبى يوسف أنه يصير مختارا سواء علقت منه أو لم تعلق (وجه) هذه الرواية ان حل الوطء لا بد له من الملك اما ملك النكاح أو ملك اليمين ولم يوجد ههنا ملك النكاح فتعين ملك اليمين لثبوت الحل فكان اقدامه على الوطء دليلا على امساكها لنفسه فكان دليل الاختيار (وجه) ظاهر الرواية أن الوطء ليس الا استيفاء منفعة البضع وأنه لا يوجب نقصان العين حقيقة لان منفعة البضع لا جزأ من العين حقيقة الا انها الحقت بالاجزاء وقدر النقصان عند الاستيفاء فى غير الملك اظهارا لخطر البضع والاستيفاء ههنا حصل فى الملك فلا حاجة الى الالحاق فانعدم النقصان حقيقة وتقديرا ولو أذن له فى التجارة فركبه دين لم يصر المولى مختارا وعليه قيمته (اما) عدم صيرورته مختارا فلان الاذن لا يوجب تعذر الدفع لا قبل لحوق الدين ولا بعده وأما لزوم

القيمة فلان تعلق الدين برقبة العبد يوجب نقصانافيه بسبب كان من جهة المولى وهو الاذن بالتجارة فتلزمه قيمته حين لورضى ولى الجناية بقبوله مع النقصان لاشئ على المولى ثم بجميع مايصير به مختار اللفداء مما ذكرنا اذا فعله وهو عالم بالجناية فان كان لم يعلم لم يكن مختارا سواء كانت الجناية على النفس أوعلى مادون النفس لان الاختيار ههنا اختيار الايثار وانه لايتحقق بدون العلم بما يختاره وهو الفداء عن الجناية واختيار الفداء عن الجناية اختيار الايثار واختيار الايثار بدون العلم بالجناية محال ثم الجناية ان كانت على النفس فعليه الاقل من قيمة العبد ومن الدية وان كانت على مادون النفس فعليه الاقل من قيمته ومن الارش لانه فوت الدفع المستحق من غير اختيار الفداء فيضمن القيمة ولو باعه بيعا باتا وهو لا يعلم بالجناية فلم يخاصم فيها حتى رد العبد اليه بعيب بقضاء القاضى أو بخيار رؤية أو شرط يقال له ادفع أو أفد لانه اذا لم يعلم بالجناية لم يصر مختارا لما بينا ولو كان بعد العلم فعليه الفداء لانه اذا باعه بعد العلم بالجناية فقد صار مختار اللفداء لتعذر الدفع لزوال ملكه بالبيع فلا يعود بالرد وهذا مشكل لان الرد بهذه الاشياء فسخ للعقد من الاصل وسيتضح المعنى فيه ان شاء الله تعالى ولو قطع العبد يد انسان أو جرحه جراحة نخير فيه فاختار الدفع ثم مات من ذلك فالدفع على حاله لا يبطل لان وجوب الدفع لا يختلف بالقتل والقطع لانه يدفع فى الحالين جميعا وان اختار الفداء ثم مات يبطل الاختيار ثم يخير ثانيا عند محمد استحسانا وهو قول أبى يوسف الاول والقياس أن لا يبطل وعليه الدية وهو قول أبى يوسف الاخير ولم يذكر فى ظاهر الرواية قول أبى حنيفة رحمه الله وذكر الطحاوى قوله مثل قول محمد ولو كان اختار الفداء بالاعتاق بان عتق العبد للحال حتى صار مختار اللفداء ثم مات المجنى عليه لا يبطل الاختيار ويلزمه جميع الدية قياسا واستحسانا (وجه) القياس أن المولى لما اختار الفداء عن أصل الجناية فقد صح اختياره ولزمه موجبها و بالسراية لم يتغير أصل الجناية وانما تغير وصفها والوصف تبع للاصل فكان اختيار الفداء عن المتبوع اختيارا عن التابع (وجه) الاستحسان أن اختيار الفداء عن القطع لما سرى الى النفس ومات فقد صار قتلا وهما متغايران فاختيار الفداء عن أحدهما لا يكون اختيارا عن الآخر فيخير اختيارا مستقبلا بخلاف ما اذا كان الاختيار بالاعتاق لأن اقدامه على الاعتاق مع علمه أنه ربما يسرى الى النفس فيلزمه كل الدية ولا يمكنه الدفع بعد الاعتاق دلالة اختيار الكل والرضا به وهذا المعنى لم يوجد ههنا لانه لم يرض بالزيادة على ما كان ثابتا وقت الاختيار والعبد للحال محل للدفع والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) صفة الفداء الواجب عند الاختيار فهو أنها تجب فى ماله حالا لامؤجلا لان الحكم الاصلى لهذه الجناية هو وجوب الدفع والفداء كالخلف عنه فيكون على نعت الاصل ثم الدفع يجب حالا فى ماله لا مؤجلا فكذلك الفداء والله سبحانه وتعالى الموفق هذا اذا كان العبد القاتل قنا فان كان مدبرا فجنايته على مولاه اذا ظهرت فيقع الكلام فى مواضع فى بيان ما تظهر به جنايته وفى بيان أصل الواجب ومن عليه وفى بيان مقدار الواجب وفى بيان صفته أما الاول فجنايته تظهر بما تظهر به جناية القن وقد ذكرناه ولا تظهر باقراره حتى لا يلزم المولى شئ ولا يتبع المدبر بعد العتاق كجناية القن لان هذا اقرار على المولى فلا يصح (وأما) بيان أصل الواجب بهذه الجناية فأصل الواجب بها قيمة المدبر على المولى لاجماع الصحابة رضى الله عنهم فانه روى عن سيدنا عمر وأبى عبيدة بن الجراح رضى الله عنهما انهما قضيا بجناية المدبر على مولاه بمحضر من الصحابة ولم ينقل أنه أنكر عليهما أحد منهم فيكون اجماعا من الصحابة والقياس يترك بمقابلة الاجماع ولان الاصل فى جناية العبد هو وجوب الدفع على المولى و بالتدبير منع من الدفع من غير اختيار الفداء والمنع من الدفع من غير اختيار الفداء يوجب القيمة على المولى كما لو دبر القن وهو لا يعلم الجناية (وأما) مقدار الواجب فمقدار الواجب بهذه الجناية الاقل من قيمته ومن الدية لان الدية ان كانت هى الاقل فلا حق لولى الجناية فى الزيادة وان كانت القيمة أقل فلم يمنع المولى بالتدبير الا الرقبة فان كانت قيمته اقل من الدية فعليه قدر قيمته لما قلنا ولا يخير بين قيمته و بين الدية لانه يخير بين الاقل والاكثر وأنه خارج عن قضية الحكمة وان كانت قيمته أكثر من الدية أو مثل

الدية فعليه قدر الدية و ينقص منها عشرة دراهم لان قيمة العبد فى الجناية لا تزاد على دية الحر بل ينقص منها عشرة وسواء قلت جنايته أو كثرت لا يلزم المولى من جناياته أكثر من قيمة واحدة لان سبب الوجوب هو المنع عند الجناية والمنع منع واحد فكان الواجب قيمة واحدة ولان القيمة فى جناية المدبر بمنزلة العين فى جناية القن قلت جنايته أو كثرت ولا يجب شئ آخر مع الدفع كذلك ههنا وتقسم قيمته بين أولياء الجنايات على قدر جناياتهم يستوى فيها الاول والثانى لان القسمة فى دفع العين هكذا فكذلك قيمة المدبر وسواء قبض ما على المولى أو لم يقبض يشتركون فيه فيتضاربون بقدر حقوقهم وتعتبر قيمة المدبر لكل واحد منهم يوم الجناية عليه لا يوم التدبير وان كان سبب وجوب الضمان هو المنع وهو التدبير السابق لكن انما يصير ذلك سببا عند وجود شرطه وهو الجناية فكانه أنشأ التدبير عندهما وبيان هذه الجملة فى مسائل اذا مات المدبر بعد الجناية لم تبطل على المولى القيمة لان حكم جنايته يلزم مولاه فيستوى فيه بقاء المدبر وهلاكه بخلاف القن اذا جنى ثم هلك أنه يبطل حكم الجناية أصلا لان حكم جنايته وجوب الدفع و بالموت خرج عن احتمال الدفع ولو انتقصت قيمته بعد الجناية بان جنى وقيمته ألف ثم عمى لم يحط عن المولى شئ وعليه قيمته تامة لان نقصانه هلاك جزء منه ثم هلاك كله لا يسقط عنه شيأ فكذا هلاك البعض ولو قتل انسانا ثم قتل آخر لا يلزم المولى الا قيمة واحدة لما قلنا وكذلك لو جنى جنايات ثم أعتقه المولى لم يلزمه الا قيمة واحدة لان سبب وجوب الضمان هو المنع وأنه متحد فكان وجود الاعتاق وعدمه بمنزلة واحدة ولو قتل انسانا خطأ ثم قتل آخر خطأ ثم دفع المولى القيمة الى ولى القتيل الاول فالدفع لا يخلوا ما ان كان بقضاء القاضى أو بغير قضاء القاضى فان كان بقضاء القاضى فلا سبيل لولى القتيل الثانى على المولى لانه كان مجبورا على الدفع والمجبور معذور وله أن يتبع ولى القتيل الاول بنصف القيمة لانه قبض نصف القيمة بغير حق وان كانت الجنايتان مختلفتين بان كانت احداهما نفسا والاخرى مادون النفس فالثانى يتبع الاول بقدر حصته من القيمة وان كان الدفع بغير قضاء القاضى فولى القتيل الثانى بالخيار ان شاء ضمن المولى نصف القيمة وان شاء ضمن ولى القتيل الاول لوجود سبب وجوب الضمان من كل واحد منهما لان المولى متعد فى دفع العبد والقابض متعد فى قبضه فان ضمن المولى فانه يرجع على القابض وان ضمن القابض لا يرجع على المولى ولو قتل انسانا خطأ فدفع القيمة الى ولى القتيل ثم قتل آخر خطأ فهذا والاول سواء فى قول أبى حنيفة عليه الرحمة والامر فيه على التفصيل الذى ذكرنا وعندهما لولى القتيل الثانى أن يضمن المولى وله أن يضمن ولى القتيل الاول سواء كان الدفع بقضاء أو بغير قضاء فهما فرقا بين الفصلين وأبو حنيفة عليه الرحمة جمع بينهما (وجه) الفرق لهما أن المولى ههنا ليس بمتعد فى حق ولى القتيل الثانى لان الجناية الثانية كانت منعدمة وقت الدفع فلا سبيل الى تضمينه وفى الفصل الاول كانت الجنايتان موجودتين وقت الدفع فكان الدفع منه الى الاول تعديا فيضمن (وجه) قول أبى حنيفة رحمه الله ماذكرنا أن سبب وجوب الضمان على المولى هو المنع والمنع منع واحد فى حق الاول والثانى جميعا فصار كان الجنايات كلها موجودة وقت الدفع فيصير المولى متعديا فى الدفع فكان له تضمينه بخلاف ما اذا كان الدفع بقضاء لان قضاء القاضى صيره مجبورا فى الدفع هذا اذا كانت قيمته وقت الجنايتين على السواء فاما اذا كانت مختلفة بان قتل رجلا وقيمته ألف ثم ازدادت قيمته فصارت ألفين ثم قتل آخر يضمن المولى لولى القتيل الثانى ألفا آخر ولا حق لولى القتيل الاول فى الزيادة لانها لم تكن موجودة وقت الجناية على الاول فيسلم الزيادة الى الثانى و يقسم تلك القيمة وهى الالف بين أولياء الاول والثانى يتضاربون فيها فيضرب الاول فيها بعشرة آلاف والثانى بتسعة آلاف لانه قد وصل اليه ألف من عشرة آلاف فكانت قسمة تلك الالف على تسعة عشر سهما عشرة أسهم للاول وتسعة أسهم للثانى ولو كانت قيمته وقت قتل الاول الفين ووقت قتل الثانى الفا لا يضمن المولى شيأ والالف تكون لولى القتيل الاول سالما والالف للآخر تقسم بينهما على تسعة عشر سهما عشرة اسهم لولى القتيل الثانى وتسعة أسهم لولى القتيل الاول ولو قتل انسانا

وقيمته الف ثم ازدادت قيمته وصارت ألفا وخمسمائة ثم قتل آخر فزيادة الخمسمائة سالمة لولى القتيل الثانى لاحق فيها لولى القتيل الاول لانها لم تكن موجودة وقت الجناية الاولى والالف تكون بين وليى القتيلين يتضاربون فيها فيضرب ولى القتيل الاول بتمام الدية عشرة آلاف والثانى بتسعة آلاف وخمسمائة لانه وصل اليه خمسمائة من عشرة آلاف فكانت قسمة الالف بينهما على تسعة وثلاثين سهما لانا نجعل كل خمسمائة سهما تسعة عشر لولى القتيل الثانى وعشرون لولى القتيل الاول والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) صفة الواجب بهذه الجناية فهى انها تجب فى مال المولى حالا لانه ضمان المنع من الدفع من غير اختيار الفداء وأنه يوجب القيمة فى مال المولى حالا كما لو دبر العبد الجانى وهو لا يعلم بالجناية وهذا لان ضمان المنع كالخلف عن ضمان الدفع والدفع يجب من ماله حالا كذلك ههنا والله تعالى الموفق للصواب وان كان القاتل أم ولد فأم الولد فى جميع ما وصفنا والمدبر سواء لان الواجب فى جنايتهما ضمان المنع أيضا الا أن جهة المنع تختلف فالمنع فى أم الولد بالاستيلاد وفى المدبر بالتدبير لذلك استويا فى حكم الجناية والله تعالى أعلم وان كان القاتل مكاتبا فقتل أجنبيا خطأ فجنايته على نفسه اذا ظهرت لا على مولاه فيقع الكلام فيما تظهر به جنايته وفى بيان أصل الواجب ومن عليه وفى بيان كيفية الوجوب وفى بيان مقدار الواجب وفى بيان صفته (أما) الاول فجنايته تظهر بما تظهر به جناية القن والمدبر وأم الولد وتظهر أيضا باقراره بالجناية بخلاف جنايتهم لان ذلك اقرار على المولى فلم يصح أصلا واقرار المكاتب على نفسه لانه أحق بكسبه من المولى فيجوز اقراره وكذا يجوز صلحه من الجناية على مال لانه صالح عن حق ثابت له ظاهرا ولو أقر وصالح ثم عجز فحكمه نذكره بعد هذا ان شاء الله تعالى وأما أصل الواجب بجنايته ومن عليه الواجب فالواجب هو قيمة نفسه عليه لا على مولاه لان كسب المكاتب لنفسه لا لمولاه فكان موجب جنايته عليه لا على مولاه ليكون الخراج بالضمان بخلاف القن والمدبر وأم الولد لان امتناع الدفع حصل بشئ من قبله وهو قبول الكتابة فكانت قيمته عليه بخلاف القن والمدبر وأم الولد (وأما) كيفية الوجوب فقد اختلف أصحابنا فيه قال علماؤنا الثلاثة ان قيمته تصير دينا فى ذمته على طريق القطع والبتات وفائدة هذا الاختلاف تظهر فيما اذا جنى ثم عجز عقيب الجناية بلا فصل أنه يخاطب المولى بالدفع أو الفداء عندنا وعنده يباع ويدفع ثمنه الى أولياء القتيل وكذلك اذا جنى ثم جنى جناية أخرى عقيب الاولى بلا فصل لا يجب عليه الا قيمة واحدة عندنا وعنده يجب عليه قيمة أخرى عقيب الاولى ولا خلاف فى أنه اذا جنى جناية وقضى القاضى عليه بالقيمة ثم جنى جناية أخرى أنه تجب عليه قيمة أخرى ووجه الفرق لاصحابنا الثلاثة رحمهم الله أن القاضى لما قضى بالقيمة فى الجناية الاولى فقد صارت القيمة دينا فى ذمته حتما من غير تردد والجناية الثانية صادفت رقبة فارغة فتقضى بقيمة أخرى وأما قبل القضاء فالرقبة مشغولة بالاولى والمشغول لا يشغل (وجه) قول زفر رحمه الله أن الموجب للقيمة على المكاتب هو امتناع الدفع لحق ثبت للمكاتب بعقد الكتابة لان امتناع الدفع اذا كان لحقه كانت القيمة عليه اذ لا خراج مع الضمان وهذا المعنى لا يوجب التوقف على قضاء القاضى (ولنا) ان الحكم الاصلى فى جناية العبد هو وجوب الدفع وامتناعه ههنا لعارض لم يقع اليأس عن زواله وهو الكتابة لاحتمال العجز لانه ربما يعجز فيرد فى الرق فيتبين ان الجناية صدرت من القن فلا يمكن قطع القول بصيرورة قيمته دينا فى ذمته الا من حيث الظاهر والامر فى الحقيقة على التوقف وانما يرتفع التوقف باحدى معان اما بأداء القيمة الى ولى القتيل لان الاداء كان واجبا عليه فاذا أدى فقد وصل الحق الى المستحق فلا يسترد منه أو بالعتق (اما) باداء بدل الكتابة (واما) بالاعتاق المبتدإ أو بالموت عن وفاء أو ولد لانه يعتق فى آخر جزء من أجزاء حياته واذا عتق يتقرر حقه فى كسبه ويقع اليأس عن الدفع فتتقرر القيمة واذا ترك ولدا ولم يترك وفاء فعقد الكتابة يبقى ببقاء الولد فيسعى على نجوم أبيه فيؤدى فيعتق ويعتق أبوه ويستند عتقه الى آخر جزء من أجزاء حياته أو بقضاء القاضى بالقيمة لانها كانت واجبة وتقرر الوجوب باتصال القضاء به أو بالصلح على القيمة لان الصلح بمنزلة القضاء هذا اذا ظهرت جناية بالمعاينة أو بالبينة (فأما) اذا ظهرت باقراره فان كان قد أدى القيمة ثم عجز لم يبطل اقراره

ولا يسترد القيمة لانه وصل الحق الى المستحق فلا يسترد وكذا اذا لم يؤد ولكنه عتق بأداء بدل الكتابة أو باعتاق مبتدإ أو بموت المكاتب عن وفاء أو ولد لما قلنا ولو لم يعتق ولكنه عجز فان كان عجزه قبل قضاء القاضي عليه بالقيمة فاقراره باطل فى حق المولى بلا خلاف حتى لا يؤخذ به للحال ولكن يتبع به بعد العتاق لانه لما عجز قبل القضاء فقد انفسخ العقد من الاصل وعاد قنا كما كان فتبين انه أقر على مولاه واقرار العبد على المولى باطل الا أنه يتبع بعد العتاق لان اقراره فى حق نفسه صحيح وان كان بعد ماقضى القاضى عليه بالقيمة بطل اقراره فى حق المولى ولا يؤخذ به للحال عند أبى حنيفة عليه الرحمة و يتبع بعد العتاق وعندهما لا يبطل اقراره فى حق المولى و يؤخذ به للحال و يباع (وجه) قولهما ان القيمة قد وجبت عليه باقراره من حيث الظاهر لصحة اقراره ظاهراً أو بقضاء القاضى تقرر الوجوب فلا يحتمل البطلان بالعجز كما لو أقر بدين لانسان ثم عجز ولابى حنيفة رحمه الله أن صحة اقراره من حيث الظاهر لم تكن لمكان الكتابة لان الداخل تحت الكتابة ما كان من التجارة والاقرار بالجناية ليس من التجارة وانما كانت لكونه أحق بكسبه من المولى فاذا عجز فقد صار المولى أحق باكسابه فبطل اقراره ولو كان مكان الاقرار صلح بان جنى المكاتب جناية خطأ فصالح منها على مال جاز صلحه على ماذكرنا ثم ان كان قد أدى بدل الصلح الى ولى الجناية أو كان لم يؤد لكنه عتق باى طريق كان فقد تقرر الصلح ولا يبطل وان كان لم يؤد بدل الصلح ولا عتق حتى عجز بطل المال عنه فى قول أبى حنيفة رضى الله عنه و يخاطب المولى بالدفع أو الفداء وعندهما لا يبطل و يصير دينا عليه وعلى هذا الخلاف اذا قتل المكاتب انسانا عمداً ثم صالح من دم العمد على مال ثم عجز قبل أداء بدل الصلح انه يبطل الصلح ولا يؤخذ للحال عند أبى حنيفة وعندهما لا يبطل و يؤخذ للحال ولو كان ولى القتيل اثنين فصالح المكاتب أحدهما دون الآخر سقط القصاص عنه وعليه ان يؤدى الى من صالحه ماصالح عليه وينقلب نصيب الآخر مالا فيغرم المكاتب له الاقل من نصف قيمته ومن نصف الدية لان الواجب عليه فى كل الجناية الاقل من قيمته ومن الدية فالواجب فى نصفها الاقل من نصف قيمته ومن نصف الدية اعتبارا للنصف بالكل فان عجز قبل الاداء فنصيب المصالح لا يؤخذ للحال وانما يؤخذ بعد العتاق (وأما) نصيب الآخر فيقال للمولى ادفع نصف العبد أو افد بنصف الدية على قول أبى حنيفة رضى الله عنه لان الصلح قد بطل عنده وعلى قولهما يدفع نصف العبد أو يفدى بنصف الدية والنصف الآخر يباع فى حصة المصالح أو يقضى عنه المولى (وأما) القن اذا قتل رجلا عمدا وله وليان فصالح العبد أحدهما ينقلب نصيب الآخر مالا و نصيب المصالح يؤخذ بعد العتاق بلا خلاف (وأما) غير المصالح فيخاطب المولى بدفع نصف العبد اليه أو الفداء بنصف الدية ولو مات المكاتب قبل أن يؤخذ شئ من ذلك ولم يترك شيأ أصلا أو لم يترك وفاء بالكتابة بطلت الجناية لانه اذا مات عاجزا فقد مات قنا والقن اذا جنى جناية ثم مات تبطل الجناية أصلا ورأسا وما ترك يكون للولى اذا مات عبدا كان المتروك مال المولى فيكون له ولو مات المكاتب وترك مالا وعليه دين وكتابة يبدأ بدين الاجنبى لان دين المولى دين ضعيف اذ لا يجب للمولى على عبده دين فكانت البداية بالاقوى أولى وحكى عن قتادة رضى الله عنه قال قلت لابن المسيب ان شريحا يقول الاجنبى والمولى يتحاصان فقال سعيد بن المسيب اخطأ شريح وان كان قاضيا قضاء زيد بن ثابت أولى وكان زيد يقول يبدأ بدين الاجنبى فالظاهر أنه كان لا يخفى قضاؤه على الصحابة ولم يعرف له مخالف فيكون اجماعا ولو مات المكاتب وترك وفاء بالكتابة وجناية فالجناية أولى لانها أقوى ولو مات وترك مالا وعليه دين وكتابة وجناية فان كان قضى عليه بالجناية فصاحب الجناية وصاحب الدين سواء لان الجناية اذا قضى بها صارت دينا فهما دينان فلا يكون أحدهما بالبداية به أولى من صاحبه وان كان لم يقض عليه بالجناية يبدأ بالدين لانه متعلق بذمته ودين الجناية لم يتعلق بذمته بعد فكان الاول آكد وأقوى فيبدأ به و يقضى الدين منه ثم ينظر الى ما بقى فان كان به وفاء بالكتابة فصاحب الجناية أولى فيبدأ به وان لم يكن به وفاء بالكتابة فما بقى يكون للمولى لانه يموت قنا على ما بينا وهذا بخلاف ماقبل الموت ان المكاتب يبدأ بأى الديون شاء ان شاء بدين الاجنبى وان

شاء بارش الجناية وان شاء تبال الكتابة لانه يؤدى من كسبه والتدبير فى اكسابه اليه فكان له أن يبدأ بأى ديونه شاء
وعلى هذا قالوا فى المكاتب اذا مات فترك ولدا ان ولده يبدأ من كسبه بأى الديون شاء لانه قام مقام المكاتب فتدبير
كسبه اليه بخلاف ما اذا مات ولم يترك ولدا لان الامر فى موته الى القاضى فيبدأ بالاولى فالاولى والله سبحانه وتعالى
أعلم ولو اختلف المولى وولى الجناية فى قيمته وقت الجناية فالقول قول المكاتب فى قول أبى يوسف الآخر وهو
قول محمد وفى قول أبى يوسف الاول ينظر الى قيمته للحال لان الحال يصلح حكما فى الماضى فيحكم (وجه) قوله الاخير
ان ولى الجناية يدعى زيادة الضمان وهو ينكر فكان القول قوله والله تعالى الموفق (وأما) قدر الواجب بجنايته فهو
الاقل من قيمته ومن الدين لان الارش ان كان أقل فلا حق لولى الجناية فى الزيادة وان كانت القيمة أقل فلم يوجد من
الكاتب منع الزيادة فلا تلزمه الزيادة وان كانت قيمته أقل من الدية وجبت قيمته ولا يخير وان كانت أكثر من الدية
أو قدر الدية ينقص من الدية عشرة دراهم لان العبد لا يتقوم فى الجناية بأكثر من هذا القدر سواء كانت الجناية منه أو
عليه وتعتبر قيمته يوم الجناية لان القيمة كالبدل عن الدفع والدفع يجب عند الجناية وكذا المنع بالكتابة السابقة لحق
المكاتب انما يصير سببا عند وجود الجناية فيعتبر الحكم وهو وجوب القيمة عند وجود الجناية والله تعالى أعلم (وأما)
صفة الواجب فهى ان يجب عليه حالا لا على العاقلة مؤجلا لان الحكم الاصلى فى جناية العبد هو الدفع وهذا كالخلف
عنه والدفع يجب عليه حالا لا مؤجلا فكذا الخلف والله تعالى أعلم هذا اذا كان المقتول أجنبيا (فاما) اذا كان مولى
القاتل فالقاتل لا يخلو (اما) ان كان قنا (واما) ان كان مدبرا (واما) ان كان أم ولد (واما) ان كان مكاتبا فان كان قنا
فقتل مولاه خطأ فجنايته هدر لان المولى لا يجب له على عبده دين وان قتله عمدا فعليه القصاص لما مر ولو قتله عمدا
وله وليان فعفا أحدهما حتى سقط القصاص بطلت الجناية ولا يجب للذى لم يعف شىء فى قولهما وقال أبو يوسف
رحمه الله يقال للذى عفا اما أن تدفع نصف نصيبك وهو ربع العبد الى الذى لم يعف أو تفديه بربع الدية (وجه)
قوله ان القصاص كان مشتركا بينهما لكل واحد منهما النصف فاذا عفا أحدهما فقد سقط نصف القصاص وانقلب
نصيب صاحبه وهو النصف مالا شائعا فى النصفين نصفه وهو الربع فى نصيبه ونصفه فى نصيب الشريك فما كان فى
نصيبه يسقط وما كان فى نصيب الشريك يثبت (وجه) قولهما أن الدية اما أن تجب حقا للمولى والوارث يقوم مقامه
فى استيفاء حق وجب له واما ان تجب حقا للورثة بانتقال الملك اليهم بطريق الوراثة وكيف ما كان فالمولى لا يجب له على
عبده دين وان كان مدبرا فقتل مولاه خطأ فجنايته هدر وعليه السعاية فى قيمته لانه لو وجبت الدية لوجبت على المولى
لانه لو جنى على أجنبى لوجبت الدية عليه فههنا أولى ولا سبيل الى الايجاب له وعليه الا انه يسعى فى قيمة نفسه لان
العتق يثبت بطريق الوصية ألا ترى انه يعتبر من الثلث والوصية لا تسلم للقاتل الا ان العتق بعد وقوعه لا يحتمل الفسخ
فوجب عليه قيمة نفسه ولو قتله عمدا فعليه القصاص ويسعى فى قيمته لما قلنا وورثته بالخيار ان شاؤا عجلوا استيفاء
القصاص وبطلت السعاية وان شاؤا استوفوا السعاية ثم قتلوه قصاصا لانهما حقان ثبتا لهم واختيار السعاية لا يكون
مسقطا للقصاص لان السعاية ليست بعوض عن المقتول بل هى بدل عن الرق ولو كان للمولى وليان عفا أحدهما
ينقلب نصيب الآخر مالا بخلاف القن لان هناك لا يمكن ايجاب الضمان لانه لو وجب لوجب للمولى على عبده
وليس يجب للمولى على عبده دين وههنا يمكن لان المدبر يعتق بموت سيده فيسعى وهو حر فلم يكن فى ايجاب الدية
عليه ايجاب الدين للمولى على عبده فهو الفرق وان كان أم ولد فقتلت مولاها خطأ أو عمدا فحكمها حكم المدبر
وانما يختلفان فى السعاية فام الولد لا سعاية عليها والمدبر يسعى فى قيمته لان العتق هناك يثبت بطريق الوصية وعتق
أم الولد ليس بوصية حتى لا يعتبر من الثلث ولو قتلت أم الولد مولاها عمدا وله ابنان من غيرها فعفا أحدهما سعت
فى نصف قيمتها للذى لم يعف لان القصاص قد سقط بعفو أحدهما وانقلب نصيب الآخر مالا وانما وجب عليها
السعاية فى نصف قيمتها لا فى نصف الدية وان كانت هى حرة وقت وجوب السعاية لانها عتقت بموت سيدها

وتسعى وهي حرة لانها كانت مملوكة وقت الجناية فيجب اعتبار الحالين حال وجود الجناية وحال وجوب السعاية ولو
كانت مملوكة في الحالين بان قتلت أجنبيا خطأ لوجبت القيمة وكانت على المولى لا عليها فان كانت مملوكة حال الجناية
حرة حال السعاية اعتبرنا بالحالين فاوجبنا نصف القيمة اعتباراً الى وجود الجناية وأوجدنا ذلك عليها لا على المولى
اعتبارا بحال وجوب السعاية اعتبار الحالين بقدر الامكان ولو كان أحد الابنين منها لا يجب القصاص عليها وسعت
في جميع قيمتها أما عدم وجوب القصاص فلانه لو وجب لوجب مشتركا بينهما ولا يمكن الايجاب في نصيب ولدها اذ
لا يجب للولد على أمه قصاص لتعذر الاستيفاء احتراما للام (وأما) لزوم السعاية فلان القصاص سقط للتعذر ولا
تعذر في القيمة فتسعى في جميع قيمتها وتكون بينهما وان كان مكاتبا فقتل مولاه خطأ فعليه الاقل من قيمته أو الدية
لان جناية المكاتب على مولاه لازمة كجناية مولاه عليه لانه فيما يرجع الى اكسابه وارش جناياته كالاجنبي لانه أحق
باكسابه من المولى وتجب القيمة حالة لانها تجب بالمنع من الدفع فتكون حالة كما تجب على المولى بجناية مدبره وان كان
عمدا فعليه القصاص والله سبحانه وتعالى أعلم (هذا) اذا كان القاتل والمقتول حرين أو كان القاتل حرا والمقتول
عبدا أو كان القاتل عبدا والمقتول حرا فأما اذا كانا عبدين بأن قتل عبد عبدا خطأ فالمقتول لا يخلو اما ان كان عبدا
لاجنبي واما ان كان عبد المولى القاتل فان كان عبد الاجنبي بان كان القاتل قنا يخاطب المولى بالدفع أو الفداء سواء كان
المقتول قنا أو مدبرا أو أم ولد أو مكاتبا وهذا وما اذا كان المقتول حرا أجنبيا سواء الا ان هناك يخاطب المولى بالدفع
أو بالفداء بالدية وههنا يخاطب بالدفع أو الفداء بالقيمة وان كان القاتل مدبرا أو أم ولد فعلى المولى قيمة الولد والمدبر وأم
الولد سواء كان المقتول قنا أو مدبرا أو مكاتباً كما اذا كان المقتول حرا أجنبياً وان كان القاتل مكاتباً فعليه قيمة نفسه
سواء كان المقتول قناً أو مدبرا أو أم ولد أو مكاتبا كما اذا كان المقتول حرا أجنبيا هذا اذا كان المقتول عبد الاجنبي
فان كان عبد المولى القاتل فجناية القاتل عليه هدر وان كان القاتل قنا أو مدبرا أو أم ولد سواء كان المقتول قنا أو مدبراً أو أم
ولد أو مكاتبا وان كان القاتل مكاتبا فجنايته عليه لازمة كائنا من كان المقتول لما ذكرنا فيما تقدم والله تعالى أعلم بالصواب
هذا اذا قتل عبد عبدا خطأ فان قتل عمدا فعليه القصاص كائنا من كان المقتول والله جل شأنه الموفق (وأما) القتل
الذي هو في معنى القتل الخطأ فنوعان نوع هو في معناه من كل وجه وهو ان يكون على طريق المباشرة ونوع هو في
معناه من وجه وهو ان يكون من طريق التسبيب أما الاول فنحو النائم ينقلب على انسان فيقتله فهذا القتل في
معنى القتل الخطأ من كل وجه لوجوده لا عن قصد لانه مات بثقله فترتب عليه أحكامه من وجوب الكفارة والدية
وحرمان الميراث والوصية لانه اذا كان في معناه من كل وجه كان ورود الشرع بهذه الاحكام هناك ورودا ههنا
دلالة وكذلك لو سقط انسان من سطح على قاعد فقتله (أما) وجوب الدية فلوجود معنى الخطأ وهو عدم القصد
(وأما) وجوب الكفارة وحرمان الميراث والوصية فلوجود القتل مباشرة لانه مات بثقله سواء كان القاعد في طريق
العامة أو في ملك نفسه ولو مات الساقط دون القاعد ينظر ان كان في ملك نفسه أو في موضع لا يكون قعوده فيه جناية
لا شيء على القاعد لانه ليس بمتعد في القعود فما تولد منه لا يكون مضمونا عليه ويهدر دم الساقط وان كان في موضع
يكون قعوده فيه جناية فدية الساقط على القاعد تتحملها العاقلة لانه متعد في القعود فما تولد منه يكون مضمونا عليه كما في
حفر البئر ولا كفارة عليه لحصول القتل بطريق التسبيب كما في البئر وكذلك اذا كان يمشي في الطريق حاملا
سيفا أو حجرا أو لبنة أو خشبة فسقط من يده فقتله لوجود معنى الخطأ فيه وحصوله على سبيل المباشرة لوصول
الآلة لبشرة المقتول (ولو) كان لابسا سيفا فسقط على غيره فقتله أو سقط عنه ثوبه أو رداؤه أو طيلسانه أو عمامته
وهو لابسه على انسان فتعقل به فتلف فلا ضمان عليه أصلا لان في اللبس ضرورة اذ الناس يحتاجون الى لبس هذه
والتحرز عن السقوط ليس في وسعهم فكانت البلية فيه عامة فتعذر التضمين ولا ضرورة في الحمل والاحتراز عن
سقوط المحمول ممكن أيضا وان كان الذي لبسه مما لا يلبس عادة فهو ضامن وكذلك الراكب اذا كان يسير في الطريق

العامه فوطئت دابته رجلا بيدها أو برجلها لوجود معنى الخطأ فى هذا القتل وحصوله على سبيل المباشرة لان ثقل الراكب على الدابة والدابة آلة له فكان القتل الحاصل بثقلها مضافا الى الراكب فكان قتلا مباشرة ولو كدمت أو صدمت أو خبطت فهو ضامن الا انه لا كفارة عليه ولا يحرم الميراث والوصية لحصول القتل على سبيل التسبب دون المباشرة ولا كفارة على السائق والقائد ولا يحرمان الميراث والوصية لان فعل السوق والقود يقرب الدابة من القتل فكان قتلا تسبيباً لا مباشرة والقتل تسبيباً لا مباشرة لا يتعلق بهذه الاحكام بخلاف الراكب لانه قاتل مباشرة على ما بينا والرديف والراكب سواء وعليهما الكفارة و يحرمان الميراث والوصية لان ثقلهما على الدابة والدابة آلة لهما فكانا قاتلين على طريق المباشرة ولو نفحت الدابة برجلها أو بذنبها وهو يسير فلا ضمان فى ذلك على راكب ولا سائق ولا قائد والاصل ان السير والسوق والقود فى طريق العامة مأذون فيه بشرط سلامة العاقبة فما لم تسلم عاقبته لم يكن مأذونا فيه فالمتولد منه يكون مضمونا الا اذا كان مما لا يمكن الاحتراز عنه بسد باب الاستطراق على العامة ولا سبيل اليه والوطء والكدم والصدم والخبط فى السير والسوق والقود مما يمكن الاحتراز عنه بحفظ الدابة وذود الناس والنفح مما لا يمكن التحرز عنه وكذا البول والروث واللعاب فسقط اعتباره والتحق بالعدم وقد روى ان النبى عليه الصلاة والسلام قال الرجل جبار أى نفحها ولهذا اسقط اعتبار ما ثار من الغبار من مشى الماشى حتى لو أفسد متاعا لم يضمن وكذا ما أثارت الدابة بسنابكها من الغبار أو الحصى الصغار لا ضمان فيه لما قلنا كذا هذا وأما الحصى الكبار فيجب الضمان فيها لانه يمكن التحرز عن اثارتها اذ لا يكون ذلك الا بتعنيف فى السوق ولو كبح الدابة باللجام فنفحت برجلها أو بذنبها فهو هدر لعموم البلوى به ولو أوقف الدابة فى الطريق فقتلت انسانا فان كان ذلك فى غير ملكه كطريق العامة فهو ضامن لذلك كله سواء وطئت بيدها أو برجلها أو كدمت أو صدمت أو خبطت بيدها أو نفحت برجلها أو بذنبها أو عطب شئ بروثها أو بولها أو لعابها كل ذلك مضمون عليه وسواء كان راكبا أو لا لان روث الدابة فى طريق العامة ليس بمأذون فيه شرعا انما المأذون فيه هو المرور لا غير اذ الناس يتضررون بالوقوف ولا ضرورة فيه فكان الوقوف فيه تعديا من غير ضرورة فما تولد منه يكون مضمونا عليه سواء كان مما يمكن التحرز عنه أو لا يمكن غير انه ان كان راكبا فعليه الكفارة فى الوطء باليد والرجل لكونه قاتلا من طريق المباشرة وان لم يكن راكبا لا كفارة عليه لوجود القتل منه تسبيباً لا مباشرة وكذلك لو أوقف دابة على باب المسجد فهو مثل وقفه فى الطريق لانه متعد فى الوقف الا ان يكون الامام جعل للمسلمين عند باب المسجد موقفا يقفون فيه دوابهم فلا ضمان عليه فيما أصابت فى وقوفها لان للامام ان يفعل ذلك اذا لم يتضرر الناس به فلم يكن متعديا فى الوقوف فاشبه الوقوف فى ملك نفسه الا اذا كان راكبا فوطئت دابته انسانا فقتلته لان ذلك قتل بطريق المباشرة فيستوى فى المواضع كلها ألا ترى انه لو كان فى ملكه يضمن وكذلك لو أوقف دابته فى موضع اذن الامام بالوقوف فيه كما فى سوق الخيل والبغال لما قلنا وكذلك اذا أوقف دابته فى الفلاة لان الوقوف فى الفلاة مباح لعدم الاضرار بالناس فلم يكن متعديا فيه وكذلك فى الطريق ان كان وقف فى المحجة فالوقوف فيها كالوقوف فى سائر الطرق العامة ولو كان سائرا فى هذه المواضع التى أذن الامام فيها بالوقوف للناس أو سائقا أو قائدا فهو ضامن لان أثر الاذن فى سقوط ضمان الوقف لا فى غيره لان اباحة الوقف فيها استفيد بالاذن لانه لم يكن ثابتا قبله فاما اباحة السير والسوق والقود فلم يثبت بالاذن من الامام لانه كان ثابتا قبله فبقى الامر فيها على ما كان قبل الاذن وان كان الوقف أو السير أو السوق أو القود فى ملكه فلا ضمان عليه فى شئ مما ذكرنا الا فيما وطئت دابته بيدها أو برجلها وهو راكب لان هذه الافعال تقع تعديا فى الملك والتسبيب اذا لم يكن تعديا لا يكون سببا لوجوب الضمان فاما الوطء باليد والرجل فى حال السير أو الوقوف فهو قتل مباشرة لا تسبيبا حتى تجب الكفارة لوجود الضمان على كل سواء كان فى ملكه أو فى غير ملكه وسواء كان الذى لحقته الجناية مأذونا فى الدخول أو غير مأذون لان التلف حصل بفعله مباشرة ومن دخل ملك غيره بغير اذنه لا يباح اتلافه ولو ربط الدابة فى غير ملكه فما دامت تجول فى رباطها اذا أصابت شيئا بيدها

أو برجلها او راثت أو بالت فعطب به شيء فذلك كله مضمون عليه لانه متعد فى الوقوف فى غير ملكه ولو انفتح الرباط وذهبت من ذلك الموضع فما عطب به شيء فهو هدر لان معنى التعدى قد زال بزوالها من موضع الوقوف وان أوقفها غير مربوطة فزالت عن موضعها بعد ما أوقفها ثم جنت على انسان أو عطب بها شيء فهو هدر لانها لما زالت عن موضع الوقف فقد زال التعدى فكأنها دخلت فى هذه المواضع بنفسها وجنت ولو نفرت الدابة من الرجل أو انفلتت منه فما أصابت فى فورها ذلك فلا ضمان عليه لقوله عليه الصلاة والسلام العجماء جبار أى البهيمة جرحها جبار ولانه لا صنع له فى نفارها وانفلاتها ولا يمكنه الاحتراز عن فعلها فالمتولد منه لا يكون مضمونا ولو أرسل دابته فما أصابت من فورها ضمن لان سيرها فى فورها مضاف الى ارسالها فكان متعديا فى الارسال فصار كالدافع لها أو كالسائق فان عطفت يمينا وشمالا ثم أصابت فان لم يكن لها طريق الا ذلك فذلك مضمون على المرسل لانها باقية على حكم الارسال وان كان لها طريق آخر لا يضمن لانها عطفت باختيارها فينقطع حكم الارسال وصارت كالمنفلتة ولو أرسل طيرا فأصاب شيئا فى فوره ذلك لا يضمن ذلك بالاجماع ذكره فى الزيادات فيمن أرسل بازيا فى الحرم فأتلف ظبية الحرم انه لا يضمن لانه يفعل باختياره وفعله جبار ولو أغرى به كلبا حتى عقر رجلا فلا ضمان عليه فى قول أبى حنيفة رضى الله عنه كما لو أرسل طيرا وعند أبى يوسف رحمه الله يضمن كما لو أرسل البهيمة وقال محمد رحمه الله ان كان سائقا له أو قائدا يضمن وان لم يكن سائقا له ولا قائدا لا يضمن وبه أخذ الطحاوى رحمه الله (وجه) قول محمد ان العقر فعل الكلب باختياره فالاصل هو الاقتصار عليه وفعله جبار الا أنه بالسوق أو القود يصير مغريا اياه الى الاتلاف فيصير سببا للتلف فاشبه سوق الدابة وقودها (وجه) قول أبى يوسف ان اغراء الكلب بمنزلة ارسال البهيمة فالمصاب على فور الارسال مضمون على المرسل فكذا هذا ولابى حنيفة رضى الله عنه ان الكلب يعقر باختياره والاغراء للتحريض وفعله جبار ولو دخل رجل دار غيره فعقره كلبه لا يضمن سواء دخل داره باذنه أو بغير اذنه لان فعل الكلب جبار ولم يوجد من صاحبه التسبيب الى العقر اذ لم يوجد منه الا الامساك فى البيت وانه مباح قال الله تبارك وتعالى وهو أصدق القائلين مكلبين تعلمونهن مما علمكم الله فكلوا مما أمسكن عليكم ولو ألقى حية أو عقربا فى الطريق فلدغت انسانا فضمانه على الملقى لانه متعد فى الالقاء الا اذا عدلت عن ذلك الموضع الى موضع آخر فلا يضمن لارتفاع التعدى بالعدول اذا اصطدم فارسان فماتا فدية كل واحد منهما على عاقلة الآخر فى قول أصحابنا الثلاثة رحمهم الله وعند زفر رحمه الله على عاقلة كل واحد منهما نصف دية الآخر وهو قول الشافعى رحمه الله (وجه) قول زفر ان كل واحد منهما مات بفعلين فعل نفسه وفعل صاحبه وهو صدمة صاحبه وصدمة نفسه فيهدر ما حصل بفعل نفسه ويعتبر ما حصل بفعل صاحبه فيلزم ان يكون على عاقلة كل واحد منهما نصف دية الآخر كما لو جرح نفسه وجرحه أجنبى فمات ان على الاجنبى نصف الدية لما قلنا كذا هذا (ولنا) ما روى عن سيدنا على رضى الله عنه انه قال مثل مذهبنا ولان كل واحد منهما مات من صدم صاحبه اياه فيضمن صاحبه كمن بنى حائطا فى الطريق فصدم رجلا فمات ان الدية على صاحب الحائط كذا هذا وبه تبين ان صدمة نفسه مع صدم صاحبه اياه فيه غير معتبر اذ لو اعتبر لما لزم بانى الحائط على الطريق جميع الدية لان الرجل قد مشى اليه وصدمه وكذلك حافر البئر يلزمه جميع الدية وان كان الماشى قد مشى اليها رجلان مدا حبلا حتى انقطع فسقط كل واحد منهما فان سقطا على ظهرهما فماتا فلا ضمان فيه أصلا لان كل واحد منهما لم يمت من فعل صاحبه اذ لو مات من فعل صاحبه لخر على وجهه فلما سقط على قفاه علم انه سقط بفعل نفسه وهو مده فقد مات كل واحد منهما من فعل نفسه فلا ضمان على أحد وان سقطا على وجهيهما فماتا فدية كل واحد منهما على عاقلة الآخر لانه لما خر على وجهه علم انه مات من جذبه وان سقط أحدهما على ظهره والآخر على وجهه فماتا جميعا فدية الذى سقط على وجهه على عاقلة الآخر لانه مات بفعله وهو جذبه ودية الذى سقط على ظهره هدر لانه مات من فعل نفسه ولو قطع قاطع الحبل فسقطا جميعا فماتا فالضمان على القاطع

لانه تسبب فى اتلافهما والاتلاف تسبيبا يوجب الضمان كحفر البئر ونحو ذلك صبى فى يد أبيه جذبه رجل من يده والاب يمسكه حتى مات فديته على الذى جذبه ويرثه أبوه لان الاب محق فى الامساك والجاذب متعد فى الجذب فالضمان عليه ولو تجاذب رجلان صبيا وأحدهما يدعى انه ابنه والآخر يدعى انه عبده فمات من جذبهما فعلى الذى يدعى انه عبده ديته لانه متعد فى الجذب لان المتنازعين فى الصبى اذا زعم أحدهما انه أبوه فهو أولى به من الذى يدعى انه عبده فكان امساكه بحق وجذب الآخر بغير حق فيضمن رجل فى يده ثوب تشبث به رجل فجذبه صاحب الثوب من يده فخرق الثوب ضمن الممسك نصف الخرق لان حق صاحب الثوب فى دفع الممسك وعليه دفعه بغير جذب فاذا جذب فقد حصل التلف من فعلهما فانقسم الضمان بينهما رجل عض ذراع رجل فجذب المعضوض ذراعه من فيه فسقطت اسنان العاض وذهب لحم ذراع هذا تهدر دية الاسنان ويضمن العاض ارش الذراع لان العاض متعد فى العض والجاذب غير متعد فى الجذب لان العض ضرر وله ان يدفع الضرر عن نفسه رجل جلس الى جنب رجل فجلس على ثوبه وهو لا يعلم فقام صاحب الثوب فانشق ثوبه من جلوس هذا عليه يضمن الجالس نصف ذلك لان التلف حصل من الجلوس والجذب والجالس متعد فى الجلوس اذ لم يكن له أن يجلس عليه فكان التلف حاصلا من فعليهما فينقسم الضمان عليهما رجل أخذ بيد انسان فصافحه فجذب يده من يده فانقلب فمات فلا شىء عليه لان الآخذ غير متعد فى الاخذ للمصافحة بل هو مقيم سنة وانما الجاذب هو الذى تعدى على نفسه حيث جذب يده لا لدفع ضرر لحقه من الآخذ وان كان أخذ يده ليعصرها فآذاه فجر يده ضمن الآخذ ديته لانه هو المتعدى وانما صاحب اليد دفع الضرر عن نفسه بالجر ولهذا فكان الضمان على المتعدى فان انكسرت يد الممسك وهو الآخذ بالجذب لم يضمن الجاذب لان التعدى من الممسك فكان جانيا على نفسه فلا ضمان على غيره والله سبحانه وتعالى أعلم

(وأما) الثانى فنحو جناية الحافر ومن فى معناه ممن يحدث شيأ فى الطريق أو المسجد وجناية السائق والقائد وجناية الناخس وجناية الحائط (أما) جناية الحافر فالحفر لا يخلو (اما) ان كان فى غير الملك أصلا (واما) ان كان فى الملك فان كان فى غير الملك ينظر ان كان فى غير الطريق بان كان فى المفازة لا ضمان على الحافر لان الحفر ليس بقتل حقيقة بل هو تسبيب الى القتل الا ان التسبيب قد يلحق بالقتل اذا كان المسبب متعديا فى التسبيب والمتسبب ههنا ليس بمتعد لان الحفر فى المفازة مباح مطلق فلا يلحق به فانعدم القتل حقيقة وتقديرا فلا يجب الضمان وان كان فى طريق المسلمين فوقع فيها انسان فمات فلا يخلو اما ان مات بسبب الوقوع واما ان مات غما أو جوعا فان مات بسبب الوقوع فالحافر لا يخلو اما ان كان حرا واما ان كان عبدا فان كان حرا يضمن الدية لان حفر البئر على قارعة الطريق سبب لوقوع المار فيها اذا لم يعلم وهو متعد فى هذا التسبيب فيضمن الدية وتتحمل عنه العاقلة لان التحمل فى القتل الخطأ المطلق للتخفيف على القاتل نظرا له والقتل بهذه الطريق دون القتل الخطأ فكانت الحاجة الى التخفيف أبلغ ولا كفارة عليه لان وجوبها متعلق بالقتل مباشرة والحفر ليس بقتل أصلا حقيقة الا انه الحق بالقتل فى حق وجوب الدية فبقى فى حق وجوب الكفارة على الاصل ولان الكفارة فى الخطأ المطلق انما وجبت شكر النعمة الحياة بالسلامة عند وجود سبب فوت السلامة وذلك بالقتل فاذا لم يوجد لم يجب الشكر وكذا لا يحرم الميراث ان كان وارثا للمجنى عليه ولا الوصية ان كان أجنبيا لان حرمان الميراث والوصية حكم متعلق بالقتل قال النبى عليه الصلاة والسلام لا ميراث لقاتل وقال عليه الصلاة والسلام لا وصية لقاتل ولم يوجد القتل حقيقة وان مات غما أو جوعا فقد اختلف أصحابنا فيه قال أبو حنيفة رضى الله عنه لا يضمن وقال محمد يضمن وقال أبو يوسف رحمه الله ان مات غما يضمن وان مات جوعا لا يضمن (وجه) قول محمد رحمه الله ان الضمان عند الموت بسبب السقوط انما وجب لكون الحفر تسبيبا الى الهلاك ومعنى التسبيب موجود ههنا لان الوقوع سبب الغم والجوع لان البئر يأخذ نفسه واذا طال مكثه يلحقه الجوع والوقوع بسبب الحفر فكان مضافا اليه كما اذا حبسه فى موضع حتى مات (وجه) قول أبى يوسف ان الغم من آثار

الوقوع فكان مضافا الى الحفر فأما الجوع فليس من آثاره فلا يضاف الى الحفر ولابى حنيفة رحمه الله أنه لا صنع للحافر فى الغم ولا فى الجوع حقيقة لانهما يحدثان بخلق الله تعالى لا صنع للعبد فيهما أصلا لا مباشرة ولا تسبيبا أما المباشرة فلا شك فى انتفائها واما التسبيب فلان الحفر ليس بسبب للجوع لا شك فيه لانه لا ينشأ منه بل من سبب آخر والغم ليس من لوازم البئر فانها قد تغم وقد لا تغم فلا يضاف ذلك الى الحفر وان أصابته جناية فيما دون النفس فضمانها على الحافر لانها حصلت بسبب الوقوع والوقوع بسبب الحفر ثم ان بلغ القدر الذى تتحمله العاقلة حمله عليهم والا فيكون فى ماله وكذا اذا كان الواقع غير بنى آدم لان ضمان المال لا تتحمله العاقل كما لا تتحمل سائر الديون ثم ان جنايات الحفر وان كثرت من الحر يجب عليه لكل جناية ارشها ولا يسقط شئ من ذلك بشئ منه ولا يشرك المجنى عليهم فيما يجب لكل واحد منهم لانه بالحفر جنى على كل واحد منهم بحياله فيؤخذ بكل واحدة من الجنايات بحيالها هذا هو الاصل وان كان الحافر عبدا فان كان قنا فجنايته بالحفر بمنزلة جنايته بيده وقد ذكرنا حكم ذلك فيما تقدم وهو ان يخاطب المولى بالدفع أو الفداء قلت جنايته أو كثرت غير انه ان كان المجنى عليه واحدا يدفع اليه أو يفدى وان كانوا جماعة يدفع اليهم أو يفدى بجميع الاروش لان جنايات القن فى رقبته يقال للمولى ادفع أو افد والرقبة تتضايق عن الحقوق فيتضاربون فى الرقبة والواجب بجناية الحر يتعلق بذمة العاقلة والذمة لا تتضايق عن الحقوق فان وقع فيها واحد فمات فدفعه المولى الى ولى جنايته ثم وقع آخر يشارك الاول فى الرقبة المدفوعة وكذلك الثالث والرابع فكلما يحدث من جناية بعد الدفع فانهم يشاركون المدفوع اليه الاول فى رقبة العبد وكل واحد منهم يضرب بقدر جنايته لان المولى بالدفع الى الاول خرج عن عهدة الجناية لانه فعل ما وجب عليه فخرج عن عهدة الواجب ثم الجناية فى حق الثانى والثالث حصلت بسبب الحفر أيضا والحكم فيها وجوب الدفع فكان الدفع الى الاول دفعا الى الثانى والثالث لاستواء الكل فى سبب الوجوب كانه دفعه الى الاول دفعة واحدة ولو حفرها ثم أعتقه المولى بعد الحفر قبل الوقوع ثم لحقت الجنايات فذلك على المولى فى قيمته يوم عتق يشترك فيها أصحاب الجنايات التى كانت قبل العتق و بعده يضرب فى ذلك كل واحد بقدر ارش الجناية لان جناية القن وان كثرت فالواجب فيها الدفع والمولى بالاعتاق فوت الدفع من غير اختيار الفداء فتعتبر قيمته وقت الاعتاق لان فوات الدفع حصل بالاعتاق فتعتبر قيمته يوم الاعتاق بخلاف المدبر انه لا تعتبر قيمته يوم التدبير بل يوم الجناية وان كان فوات الدفع بالتدبير لكن التدبير انما يصير سببا عند وجود شرطه وهو الجناية فتعتبر قيمته حينئذ على ما بينا فيما تقدم وان كان الحافر مدبرا أو أم ولد فعلى المولى قيمة واحدة قلت الجناية أو كثرت وتعتبر قيمته يوم الجناية وهو يوم الحفر ولا تعتبر زيادة القيمة ونقصانها لانه صار جانيا بسبب الحفر عند الوقوع فتعتبر قيمته وقت الجناية كما اذا جنى بيده وان كان مكاتبا فجنايته على نفسه لا على مولاه كما اذا جنى بيده وتعتبر قيمته يوم الحفر لما بينا ولو حفر بئرا فى الطريق فجاء انسان ودفع انسانا وألقاه فيها فالضمان على الدافع لا على الحافر لان الدافع قاتل مباشرة ولو وضع رجل حجرا فى قعر البئر فسقط انسان فيها لا ضمان على الحافر مع الواضع ههنا كالدافع مع الحافر ولو جاء رجل فحفر من أسفلها ثم وقع فيها انسان فالضمان على الاول كذا ذكر الكرخى رحمه الله وذكر محمد رحمه الله فى الكتاب ينبغى فى القياس ان يضمن الاول ثم قال وبه نأخذ ولم يذكر الاستحسان وذكر القاضى فى شرحه مختصر الطحاوى رحمه الله فى الاستحسان الضمان عليهما لاشتراكهما فى الجناية وهى الحفر فيشتركان فى الضمان (وجه) القياس ان سبب الوقوع حصل من الاول وهو الحفر بازالة المسكة والحفر من الثانى بمنزلة نصب السكين أو وضع الحجر فى قعر البئر فكان الاول كالدافع فكان الضمان عليه ولو حفر رجل بئرا فجاء انسان و وسع رأسها فوقع فيها انسان فالضمان عليهما نصفان هكذا أطلق فى الكتاب ولم يفصل وقيل جواب الكتاب محمول على ما اذا وسع قليلا بحيث يقع رجل فى حفرهما (فأما) اذا وسع كثيرا بحيث يقع قدمه فى حفر الثانى فالضمان على الثانى لا على الاول لان التوسع اذا كان قليلا بحيث يقع قدمه فى حفرهما كان الوقوع بسبب

وجد منهما وهو حفرهما فكان الضمان عليهما واذا كان كثيرا كان الوقوع بسبب وجد من الثانى فكان الضمان عليه ولو حفر بئرا ثم كبسها فجاء رجل وأخرج ما كبس فوقع فيها انسان فالكبس لا يخلو اما ان كان بالتراب والحجارة (واما) ان كان بالحنطة والشعير فان كان بالاول فالضمان على الثانى وان كان بالثانى فالضمان على الاول لان الكبس بالتراب والحجارة يعد طما للبئر والحاقا له بالعدم فكان اخراج ذلك منها بمنزلة اخراج بئر أخرى (فأما) الحنطة والشعير ونحوهما فلا يعد ذلك طما بل يعد شغلا له الا يرى انه بقى أثر الحفر بعد الكبس بالحنطة والشعير ولا يبقى أثره بعد الكبس بالتراب والحجارة ولو حفر بئرا وسد الحافر رأسها ثم جاء انسان فنقضه فوقع فيها انسان فالضمان على الحافر لان أثر الحفر لم ينعدم بالسد لكن السد صار مانعا من الوقوع والفاتح بالفتح أزال المانع و زوال المانع شرط للوقوع والحكم يضاف الى السبب لا الى الشرط ولو وضع رجل حجرا فى الطريق فتعثر عليه رجل فوقع فى بئر حفرها آخر فالضمان على واضع الحجر لان الوقوع بسبب التعثر والتعثر بسبب وضع الحجر والوضع تعد منه فكان التلف مضافا الى وضع الحجر فكان الضمان على واضعه وان كان لم يضعه أحد ولكنه حمل السيل فالضمان على الحافر لانه لا يمكن ان يضاف الى الحجر لعدم التعدى منه فيضاف الى الحافر لكونه متعديا فى الحفر ولو اختلف الحافر و ورثة الميت فقال الحافر هو القى نفسه فيها متعمدا وقال الورثة بل وقع فيها فالقول قول الحافر فى قول أبى يوسف الآخر وهو قول محمد وفى قول أبى يوسف الاول القول قول الورثة (وجه) قوله الاول ان الظاهر شاهد للورثة لان العاقل لا يلقى نفسه فى البئر عمدا والقول قول من يشهد له الظاهر (وجه) قوله الآخر ان حاصل الاختلاف يرجع الى وجوب الضمان فالورثة يدعون على الحافر الضمان وهو ينكر والقول قول المنكر مع يمينه وما ذكر من الظاهر معارض بظاهر آخر وهو ان الظاهر ان المار على الطريق الذى يمشى فيه يرى البئر فتعارض الظاهر ان فبقى الضمان على أصل العدم ولو حفر بئرا فى الطريق فوقع رجل فيها فتعلق بآخر وتعلق الثانى بثالث فوقعوا فأما توا فهذا فى الاصل لا يخلو من أحد وجهين (اما) ان علم حال موتهم بان خرجوا أحياء فأخبروا عن حالهم (واما) ان لم يعلم فان علم ذلك (فاما) موت الاول فلا يخلو من سبعة أوجه (اما) ان علم انه مات بوقوعه فى البئر خاصة (واما) ان علم انه مات بوقوع الثانى عليه خاصة (واما) انه علم ان مات بوقوع الثالث عليه خاصة (واما) ان علم انه مات بوقوع الثانى والثالث عليه (واما) ان علم انه مات بوقوعه فى البئر و وقوع الثانى عليه (واما) ان علم انه مات بوقوعه فى البئر و وقوع الثالث عليه وأما ان علم انه مات بوقوعه فى البئر ووقوع الثانى والثالث عليه فان علم انه مات بوقوعه فى البئر خاصة فالضمان على الحافر لان الحافر هو القاتل تسبيبا وهو متعد فيه فكان الضمان عليه فان علم انه مات بوقوع الثانى عليه خاصة فدمه هدر لانه هو الذى قتل نفسه حيث جره على نفسه وجناية الانسان على نفسه هدر وان علم انه مات بوقوع الثالث عليه خاصة فالضمان على الثانى لان الثانى هو الذى جر الثالث على الاول حتى أوقعه عليه وان علم انه مات بوقوع الثانى والثالث عليه فنصفه هدر و نصفه على الثانى لان جره الثانى على نفسه هدر لانه جناية على نفسه وجر الثانى والثالث عليه معتبر فهدر النصف و بقى النصف وان علم انه مات بوقوعه فى البئر ووقوع الثانى عليه فالنصف على الحافر لوجود الجناية منه بالحفر والنصف هدر لجره الثانى على نفسه وان علم انه مات بوقوعه فى البئر و وقوع الثالث عليه فالنصف على الحافر والنصف على الثانى لانه هو الذى جر الثالث على الاول وان علم انه مات بوقوعه فى البئر و وقوع الثانى والثالث عليه فالثلث هدر والثلث على الحافر والثلث على الثانى لانه مات بثلاث جنايات أحدها هدر وهى جره الثانى على نفسه فبقيت جناية الحافر وجناية الثانى بجره الثالث على الاول فتعتبر (واما) موت الثانى فلا يخلو من ثلاثة أوجه (اما) ان علم انه مات بوقوعه فى البئر خاصة واما ان علم انه مات بوقوع الثالث عليه خاصة (واما) ان علم انه مات بوقوعه فى البئر ووقوع الثالث عليه فان علم انه مات بسقوطه فى البئر خاصة فديته على الاول وليس على الحافر شئ لان الاول هو الذى جره الى البئر فكان كالدافع وان علم انه مات بوقوع الثالث عليه خاصة فدمه هدر لانه مات بفعل

نفسه حيث جر الثالث على نفسه فهدر دمه وان علم انه مات بسقوطه فى البئر و وقوع الثالث عليه فالنصف هدر والنصف على الاول لانه مات بشيئين أحدهما فعل نفسه وهو جره الثالث على نفسه وجنايته على نفسه هدر والثانى فعل غيره وهو جر الاول وايقاعه فى البئر وأما موت الثالث فله وجه واحد لا غير وهو سقوطه فى البئر وديته على الثانى لانه هو الذى جره الى البئر وأوقعه فيه هذا كله اذا علم حال وقوعهم وأما اذا لم يعلم فلا يخلو اما ان وجد بعضهم على بعض واما ان وجدوا متفرقين فان كانوا متفرقين فدية الاول على الحافر ودية الثانى على الاول ودية الثالث على الثانى وان كان بعضهم على بعض فالقياس هكذا أيضا وهو ان يكون دية الاول على الحافر ودية الثانى على الاول ودية الثالث على الثانى وهو قول محمد رحمه الله وفى الاستحسان دية الاول أثلاث ثلث على الحافر وثلث على الثانى وثلث هدر ودية الثانى نصفان نصف هدر ونصف على الاول ودية الثالث كلها على الثانى ولم يذكر محمد رحمه الله فى الاستحسان انه قول من وجه القياس انه وجد لموت كل واحد سبب ظاهر وهو الحفر للاول والجر من الاول للثانى والجر من الثانى للثالث واضافة الاحكام الى الاسباب الظاهرة أصل فى الشريعة (وجه) الاستحسان انه اجتمع فى الاول ثلاثة أسباب كل واحد منها صالح للموت وقوعه فى البئر و وقوع الثانى و وقوع الثالث عليه الا ان وقوع الثانى عليه حصل بجره اياه على نفسه فهدر الثلث و بقى الثلثان ثلث على الحافر بحفره وثلث على الثانى بجره الثالث على نفسه و وجد فى الثانى شيآن الحفر و وقوع الثالث عليه الا ان وقوعه عليه حصل بجره فهدر نصف الدية و بقى النصف على الحافر ولم يوجد فى الثالث الا سبب واحد وهو جر الثانى اياه الى البئر والاصل فى الاسباب اعتبارها ما أمكن واعتبارها يقتضى ان يكون الحكم ما ذكرنا والله تعالى أعلم ولو استأجر رجلا ليحفر له بئرا فى الطريق فحفر فوقع فيها انسان فان كانت البئر فى فناء المستأجر فالضمان عليه لا على الاجير لان له ولاية الانتفاع بفنائه اذا لم يتضمن الضرر بالمارة على أصلهما مطلقا وعلى أصل أبى حنيفة رحمه الله اذا لم يمنع منه مانع فانصرف مطلق الامر بالحفر اليه فاذا حفر فى فنائه انتقل فعل المأمور اليه كانه حفر بنفسه فوقع فيها انسان ولو كان كذلك وجب الضمان عليه كذا هذا وان لم يكن ذلك فى فنائه فان أعلم المستأجر الاجير ان ذلك ليس من فنائه فالضمان على الاجير لا على الآمر لان الاجير لم يحفر بأمره فبقى فعله مقصورا عليه كانه ابتدأ الحفر من نفسه من غير أمر فوقع فيها انسان وان لم يعلمه فالضمان على الآمر لانه غره بالامر بحفر البئر فى الطريق مطلقا انما يأمر بما يملكه مطلقا عادة فيلزمه ضمان الغرور وهو ضمان الكفالة فى الحقيقة كانه ضمن له ما يلزمه من الحفر بمنزلة ضمان الدرك ولو أمر عبده ان يحفر بئرا فى الطريق فحفر فوقع فيها انسان فان كان الحفر فى فنائه فالضمان على عاقلة المولى لانه يملك الامر بالحفر فى هذا المكان فينتقل فعله الى المولى كانه حفر بنفسه وان كان فى غير فنائه فالضمان فى رقبة العبد يخاطب المولى بالدفع أو الفداء لان الامر بالحفر لا ينصرف الى غير فنائه فصار مبتدئا فى الحفر بنفسه سواء أعلم العبد أنه ليس من فنائه أو لم يعلمه بخلاف الاجير لان وجوب الضمان على الآمر هناك بمعنى الغرور على ما بينا ولا يتحقق الغرور فيما بين العبد و بين مولاه فيستوى فيه العلم والجهل وان كان الحفر فى الملك فان كان فى ملك غيره بان حفر بئرا فى دار انسان بغير اذنه فوقع فيها انسان يضمن الحافر لانه متعد فى التسبيب ولو قال صاحب الدار أنا أمرته بالحفر وأنكر أولياء الميت فالقياس أن لا يصدق صاحب الدار والقول قول الورثة وفى الاستحسان يصدق والقول قول الحافر (وجه) القياس ان الحفر وقع موجبا للضمان ظاهرا لانه صادف ملك الغير وانه محظور فكان متعديا فى الحفر من حيث الظاهر فصاحب الدار بالتصديق يريد ابراء الجانى عن الضمان فلا يصدق (وجه) الاستحسان ان قول صاحب الدار أمرته بذلك اقرار منه بما يملك انشاءه للحال وهو الامر بالحفر فيصدق وان كان فى ملك نفسه لا ضمان عليه لان الحفر مباح مطلق له فلم يكن متعديا فى التسبيب وان كان فى فنائه يضمن لان الانتفاع به مباح بشرط السلامة كالسير فى الطريق ولو استأجر أربعة يحفرون له بئرا فوقعت عليهم من حفرهم فمات أحدهم فعلى كل واحد من الثلاثة ربع الدية وهدر

الربع لانه مات من أربع جنايات الا أن جناية المرء على نفسه هدر فبطل الربع وبقى جنايات أصحابه عليه فتعتبر ويجب عليهم ثلاث أرباع الدية على كل واحد منهم الربع وقد روى الشعبي عن سيدنا على رضى الله عنه أنه قضى على القارصة والقامصة والواقصة بالدية اثلاثا وهن ثلاث جوارى ركبت احداهن الاخرى فقرصت الثالثة المركوبة فقمصت فسقطت الراكبة فقضى للتى وقصت بثلثى الدية على صاحبتها وأسقط الثلث لان الواقصة أعانت على نفسها وروى أن عشرة مدوا النخلة فسقطت على أحدهم فمات فقضى سيدنا على رضى الله عنه على كل واحد منهم بعشر الدية وأسقط العشر لان المقتول أعان على نفسه ولو استأجر اجراء حرا أو عبدا محجورا ومكاتبا يحفرون له بئرا فوقعت البئر عليهم من حفرهم فماتوا فلا ضمان على المستأجر فى الحر ولا فى المكاتب ويضمن قيمة العبد المحجور لمولاه أما الحر والمكاتب فلانه لم يوجد فيهما من المستأجر سبب وجوب الضمان لان استئجارهما وقع صحيحا فكان استعماله اياهما فى الحفر بناء على عقد صحيح فلا يكون سببا لوجوب الضمان ووقوع البئر عليهما حصل من غير صنعه فلا يجب الضمان عليه وأما العبد فلان استئجاره لم يصح فصار المستأجر باستعماله فى الحفر غاصبا اياه فدخل فى ضمانه فاذا هلك فقد تقرر الضمان فعليه قيمته لمولاه ثم اذا دفع قيمته الى المولى فالمولى يدفع القيمة الى ورثة الحر والمكاتب فيتضاربون فيه فيضرب ورثة الحر بثلث دية الحر وورثة المكاتب بثلث قيمة المكاتب وانما كان كذلك لان موت كل واحد منهم حصل بثلاث جنايات بجناية نفسه وجناية صاحبيه فصار قدر الثلث من الحر والمكاتب تالفا بجناية العبد وجناية القن توجب الدفع ولو كان قنا لوجب دفعه الى ورثة الحر والمكاتب يتضاربون فى رقبته على قدر حقوقهم فاذا هلك وجب دفع القيمة اليهم يتضاربون فيها أيضا فيضرب ورثة الحر فيها بثلث دية الحر وورثة المكاتب بثلث قيمة المكاتب لان الحر مضمون بالدية والمكاتب مضمون بالقيمة ثم يرجع المولى على المستأجر بقيمة العبد مرة أخرى ويسلم له تلك القيمة لانه وان رد المغصوب الى المغصوب منه برد قيمته اليه لكنه رده مشغولا وقد كان غصبه فارغا فلم يصح رده فى حق الشغل فيضمن القيمة مرة أخرى وللمستأجر أن يرجع على عاقلة الحر بثلث قيمة العبد لان ملك العبد بالضمان من وقت الغصب فتبين أن الجناية حصلت من الحر على ثلث عبد المستأجر فيضمن ثلث قيمته فتؤخذ من عاقلته ويأخذ ورثة المكاتب أيضا من عاقلة الحر ثلث قيمة المكاتب لوجود الجناية من الحر على ثلث قيمته فيضمن ثلث قيمته فتؤخذ من عاقلته ثم يؤخذ من تركة المكاتب مقدار قيمته فتكون بين ورثة الحر وبين المستأجر لوجود الجناية منه على الحر وعلى العبد يضرب ورثة الحر بثلث دية الحر ويضرب المستأجر بثلث قيمة العبد لانه جنى على ثلث الحر وعلى ثلث العبد فأتلف من كل واحد منهما ثلثه والحر مضمون بالدية والعبد بالقيمة وقد ملك المستأجر العبد بالضمان فكان ضمان الواردة على ملكه والله سبحانه وتعالى أعلم وقالوا فيمن حفر بئرا فى سوق العامة لمصلحة المسلمين فوقع فيها انسان ومات انه ان كان الحفر باذن السلطان لا يضمن وان كان بغير اذنه يضمن وكذلك اذا اتخذ قنطرة للعامة وروى عن أبى يوسف أنه لا يضمن (ووجهه) ان ما كان من مصالح المسلمين كان الاذن به ثابتا دلالة والثابت دلالة كالثابت نصا (وجه) ظاهر الرواية ان ما يرجع الى مصالح عامة المسلمين كان حقا لهم والتدبير فى أمر العامة الى الامام فكان الحفر فيه بغير اذن الامام كالحفر فى دار انسان بغير اذن صاحب الدار هذا الذى ذكرنا حكم الحافر فى الطريق وكذلك من كان فى معنى الحافر ممن يحدث شيأ فى الطريق كمن أخرج جناحا الى طريق المسلمين أو نصب فيه ميزابا فصدم انسانا فمات أو بنى دكانا أو وضع حجرا أو خشبة أو متاعا أو قعد فى الطريق ليستريح فعثر بشئ من ذلك عاثر فوقع فمات أو وقع على غيره فقتله أو حدث به أو بغيره من ذلك العثرة والسقوط جناية من قتل أو غيره أو صب ماء فى الطريق فزلق به انسان فهو فى ذلك كله ضامن وكذلك ما عطب بذلك من الدواب لانه سبب التلف باحداث هذه الاشياء وهو متعد فى التسبيب فما تولد منه يكون مضمونا عليه كالمتولد من الرمى ثم ما كان من الجناية فى بنى آدم تتحملها العاقلة اذا بلغت

القدر الذى تتحمل العاقلة وهو نصف عشر دية الرجل وما لم يبلغ ذلك القدر أو كان منها فى غير بنى آدم يكون فى ماله لان تحميل العاقلة ثبت بخلاف القياس لعدم الجناية منهم وقد قال الله تبارك وتعالى ولا تزر وازرة وزر أخرى عرفناه بنص خاص فى بنى آدم بهذا القدر فبقى الامر فيما دونه وفى غير بنى آدم على الاصل ولا كفارة عليه ولا يحرم الميراث لو كان وارثا للمجنى عليه ولا الوصية لو كان أجنبيا لانه لم يباشر القتل وقد قالوا فيمن وضع كناسة فى الطريق فعطب بها انسان أنه يضمن لان التلف حصل بوضعه وهو فى الوضع متعد وقال محمد ان وضع ذلك فى طريق غير نافذة وهو من أهله لم يضمن لعدم التعدى منه اذ الطريق مشترك بين أهل السكة فيكون لكل واحد من أهلها الانتفاع به كالدار المشتركة ولو سقط الميزاب الذى نصبه صاحب الدار الى طريق المسلمين على انسان فقتله ان أصابه الطرف الداخل فى الحائط لم يضمن لانه فى ذلك القدر متصرف فى ملك نفسه فلم يكن متعديا فيه وان أصابه الطرف الخارج الى الطريق يضمن لانه متعد فى اخراجه الى الطريق وان أصابه الطرفان جميعا يضمن النصف لانه متعد فى النصف لا غير وان كان لا يدرى فالقياس أن لا يضمن شيأ لانه ان كان أصابه الطرف الداخل لا يضمن وان كان أصابه الطرف الخارج يضمن والضمان لم يكن واجبا فوقع الشك فى وجوبه فلا يجب بالشك وفى الاستحسان يضمن النصف لانه اذا لم يعرف الطرف الذى أصابه انه الداخل أو الخارج يجعل كانه أصابه الطرفان جميعا كما فى الغرقى والحرقى انه اذا لم يعرف التقدم والتأخر فى موتهم يجعل كانهم ماتوا جملة واحدة فى أوان واحد حتى لا يرث البعض من البعض كذا هذا ولو أحدث شيأ مما ذكرنا فى المسجد بأن حفر بئرا فى المسجد لاجل الماء أو بنى فيه بناء دكانا أو غيره فعطب به انسان فان كان الحافر والبانى من أهل المسجد فلا ضمان عليه وان كان من غير أهله فان فعل باذن أهل المسجد فكذلك وان فعل بغير اذنهم يضمن بالاجماع لان تدبير مصالح المسجد الى أهل المسجد فما فعلوه لا يكون مضمونا عليهم كالاب أو الوصى اذا فعل شيئا من ذلك فى دار اليتيم ومتولى الوقف اذا فعل فى الوقف وأما غير أهل المسجد فليس له ولاية التصرف فى المسجد بغير اذن أهل المسجد فاذا فعل بغير اذنهم كان متعديا فى فعله فكان مضمونا عليه ولو علق قنديلا أو بسط حصيرا أو ألقى فيه الحصى فان كان من اهل المسجد فلا ضمان عليه وان لم يكن من أهل ذلك المسجد فان فعله باذن أهل المسجد فكذلك وان فعل بغير اذنهم يضمن فى قول أبى حنيفة رضى الله عنه وفى قولهما لا يضمن (وجه) قولهما ان المسجد لعامة المسلمين فكان كل واحد من آحاد المسلمين بسبيل من اقامة مصالحه ولان هذه المصالح من عمارة المسجد وقد قال الله تبارك وتعالى انما يعمر مساجد الله من آمن بالله من غير تخصيص الا ان لاهل المسجد ضرب اختصاص به فيظهر ذلك فى التصرف فى نفسه بالحفر والبناء لا فى القنديل والحصير كالمالك مع المستعير أن للمستعير ولاية بسط الحصير وتعليق القنديل فى دار الاعارة وليس له ولاية الحفر والبناء كذا هذا ولابى حنيفة رحمه الله ما ذكرنا أن التدبير فى مصالح المسجد الى أهل المسجد لا الى غيرهم بدليل أن لهم ولاية منع غيرهم عن التعليق والبسط وعمارة المسجد فكان الغير متعديا فى فعله فالمتولد منه يكون مضمونا عليه كما لو وضع شيأ فى دار غيره بغير اذنه فعطب به انسان ولهذا ضمن بالحفر والبناء كذا هذا وكون المسجد لعامة المسلمين لا يمنع اختصاص أهله بالتدبير والنظر فى مصالحه كالكعبة فانها لجميع المسلمين ثم اختص بنو شيبة بمفاتحها حتى روى أنه عليه الصلاة والسلام لما أخذ مفتاح الكعبة منهم ودفعه الى عمه العباس رضى الله عنه عند طلبه ذلك امره الله تبارك وتعالى برده الى بنى شيبة بقوله تبارك وتعالى ان الله يأمركم ان تؤدوا الامانات الى أهلها ولو جلس فى المسجد فعطب به انسان ان كان فى الصلاة لا يضمن الجالس سواء كان الجالس من أهل المسجد أو لم يكن من أهله لان المسجد بنى للصلاة فلو أخذ المصلى بالضمان لصار الناس ممنوعين عن الصلاة فى المساجد وهذا لا يجوز وان جلس لحديث أو نوم فعطب به انسان يضمن فى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى وفى قولهما لا يضمن وجه قولهما ان الجلوس فى المسجد لغير الصلاة من الحديث والنوم مباح فلم

يكن الهلاك حاصلا بسبب هو متعد فيه فلا يجب الضمان كما لو جلس فى داره فعبر عليه انسان فعطب به انه لا يضمن كذا هذا ولابى حنيفة رضى الله عنه ان المسجد بنى للصلاة لا للحديث والنوم فاذا شغله بذلك صار متعديا فيضمن كما لو جلس فى الطريق للاستراحة فعطب به انسان أنه يضمن لان الطريق جعل للاجتياز لا للجلوس واذا جلس فقد صار متعديا فيضمن كذا هذا وقولهما الحديث والنوم مباح فى المسجد مسلم لكن بشرط سلامة العاقبة ولم يوجد الشرط فكان تعديا ولو جلس لانتظار الصلاة أو لقراءة قرآن أو لعبادة من العبادات غير الصلاة فلا شك أن على أصلهما لا يضمن لانه لو جلس لغير قربة لا يضمن فاذا جلس لقربة فهو أولى وأما على أصل أبى حنيفة رضى الله عنه فقد اختلف المشايخ فيه قال بعضهم لا يضمن لان المنتظر للصلاة فى الصلاة على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال بعضهم يضمن لانه ليس فى الصلاة حقيقة وانما الحق بالمصلى فى حق الثواب لا غير والله تعالى أعلم

ومن هذا الجنس جناية السائق والقائد بان ساق دابة فى طريق المسلمين أو قادها فوطئت انسانا بيدها أو برجلها أو كدمت أو صدمت أو خبطت فهو ضامن لما ذكرنا من الاصل ان السوق والقود فى الطريق مباح بشرط سلامة العاقبة فاذا حصل التلف بسببه ولم يوجد الشرط فوقع تعديا فالمتولد منه فيما يمكن التحرز عنه يكون مضمونا وهذا مما يمكن الاحتراز عنه بان يذود الناس عن الطريق فيكون مضمونا وسواء كان السائق أو القائد راجلا أو راكبا الا أنه اذا كان راكبا فعليه الكفارة اذا وطئ دابته انسانا بيدها أو برجلها ويحرم الميراث والوصية وان كان راجلا لا كفارة عليه ولا يحرم الميراث والوصية لان هذه الاحكام يتعلق ثبوتها بمباشرة القتل لا بالتسبيب والمباشرة من الراكب لا من غيره وان كان أحدهما سائقا والآخر قائدا فالضمان عليهما لانهما اشتركا فى التسبيب فيشتركان فى الضمان وكذلك اذا كان أحدهما سائقا والآخر راكبا أو كان أحدهما قائدا والآخر راكبا فالضمان عليهما لوجود سبب وجوب الضمان من كل واحد منهما الا أن الكفارة تجب على الراكب وحده فيما وطئت دابته انسانا فقتلته لوجود القتل منه وحده مباشرة فان قاد قطارا فما أصاب الاول أو الآخر او الاوسط انسانا بيد أو رجل أو صدم انسانا فقتله فهو ضامن لذلك لانه فعل فعلا هو سبب حصول التلف فيضمن وهو مما يمكن الاحتراز عنه كما اذا وضع حجرا فى الطريق أو حفر فيه بئرا فان كان معه سائق فى آخر القطار فالضمان عليهما لان كل واحد منهما سبب التلف وان كان السائق فى وسط القطار فما أصاب مما خلف هذا السائق وما بين يديه شيأ فهو عليهما لان ما بين يديه هو له سائق والاول له قائد وما خلفه هما له قائدان (أما) قائد القطار فلا شك فيه لان بعضه مربوط ببعض (وأما) السائق الذى فى وسط القطار فلانه بسوقه ما بين يديه قائد لما خلفه لان ما خلفه ينقاد بسوقه فكان قائدا له والقود والسوق كل واحد منهما سبب لوجوب الضمان لما بينا وان كان أحيانا فى وسط القطار واحيانا يتأخر واحيانا يتقدم وهو يسوقها فى ذلك فهو والاول سواء لانه سائق وقائد والسوق والقود كل واحد منهما سبب لوجوب الضمان وان كانوا ثلاثة أحدهم فى مقدمة القطار والآخر فى مؤخر القطار وآخر فى وسطه فان كان الذى فى الوسط والمؤخر لا يسوقان ولكن المقدم يقود فما أصاب الذى قدام الوسط شيأ فذلك كله على القائد لان التلف حصل بسبب القود وما أصاب الذى خلفه فذلك على القائد الاول وعلى الذى فى الوسط لانهما قائدان لما بينا وعلى المؤخر أيضا ان كان يسوق هو وان كان لا يسوق لا شئ عليه لانه لم يوجد منه صنع وان كانوا جميعا يسوقون فما تلف بذلك فضمانه عليهم جميعا لوجود التسبيب منهم جميعا وذكر محمد رحمه الله فى الكيسانيات لو أن رجلا يقود قطارا وآخر من خلف القطار يسوقه يزجر الابل فينزجرن بسوقه وعلى الابل قوم فى المحامل نيام فوطئ بعير منها انسانا فقتله فالدية على عاقلة القائد والسائق والراكب على البعير الذى وطئ وعلى الراكبين على الذين قدام البعير الذى وطئ على عواقلهم جميعا على عدد الرؤس والكفارة على راكب البعير الذى وطئ خاصة أما السائق والقائد فلانهما مقربان القطار الى الجناية فكانا مسببين للتلف (وأما) الراكب للبعير الذى وطئ فلا شك فيه لأن التلف حصل بفعله

(وأما) الراكبون امام البعير الذى وطئ فلانهم قادة لجميع ما خلفهم فكانوا قائدين للبعير الواطئ ضرورة فكانوا مسببين للتلف أيضا فاشتركوا فى سبب وجوب الضمان فانقسم الضمان عليهم وانما كانت الكفارة على راكب البعير الذى وطئ خاصة لانه قاتل بالمباشرة لحصول التلف بثقله وثقل الدابة الا أن الدابة آلة له فكان الأثر الحاصل بفعله مضافا اليه فكان قاتلا بالمباشرة ومن كان من الركبان خلف البعير الذى وطئ لا يزجر الابل ولا يسوقها راكبا على بعير منها أوغير راكب فلا ضمان على أحد منهم لانه لم يوجد منهم سبب وجوب الضمان اذلم يسوقوا البعير الذى وطئ ولم يقودوه فصار وا كمتاع على الابل ولوقاد قطارا وعلى بعير فى وسط القطار راكب لا يسوق منه شيأ فضمان ما كان بين يديه على القائد خاصة وضمان ما خلفه عليهما جميعا لان الراكب غير سائق لما بين يديه لان ركوبه لهذا البعير لا يكون سوقا لما بين يديه كما أن مشيه الى جانب البعير لا يكون سوقا اياه اذا لم يسقه ولكنه سائق لما ركبه لان البعير انما يسير بركوب الراكب وحثه واذا كان سائقاله كان قائد الما خلفه فكان ضمانه عليهما واذا كان الرجل يقود قطارا فجاء رجل وربط اليه بعيرا فوطئ البعير انسانا فالقائد لا يخلو اما ان كان لا يعلم بربطه واما ان علم ذلك فان لم يعلم فالدية على القائد تتحمل عنه عاقلته ثم عاقلته يرجعون على عاقلة الرابط (أما) وجوب الدية على القائد فلانه قاتل تسبيبا وضمان القتل ضمان اتلاف وانه لا يختلف بالعلم والجهل (وأما) رجوع عاقلة القائد على عاقلة الرابط فلان الرابط متعد فى الربط وهو السبب فى لزوم الضمان للقائد فكان الرجوع عليه وكذلك لو كانت الابل وقوفا لا تقاد فجاء رجل وربط اليها بعيرا والقائد لا يعلم فقاد البعير معها فوطئ البعير انسانا فقتله فالدية على القائد يتحمل عنه عاقلته الا أن ههنا لا ترجع عاقلة القائد على عاقلة الرابط لان الرابط وان تعدى فى الربط وانه سبب لوجوب الضمان لكن القائد لما قاد البعير عن ذلك المكان فقد أزال تعديه فيزول الضمان عنه ويتعلق بالقائد كمن وضع حجرا فى الطريق فجاء انسان فدحرجه عن ذلك المكان ثم عطب به انسان فالضمان على الثانى لا على الاول لما قلنا كذا هذا بخلاف المسألة الاولى لان هناك وجد الربط والابل سائرة فلم يستقر مكان التعدى ليزول بالانتقال عنه فبقى التعدى ببقاء الربط وان كان القائد علم بالربط فى المسألتين جميعا فقاده على ذلك فوطئ البعير انسانا فقتله فالدية على القائد تتحمل عنه عاقلته ولا ترجع عاقلته على عاقلة الرابط لانه لما قاد مع علمه بالربط فقد رضى بما يلحقه من العهدة فى ذلك فصار علمه بالربط بمنزلة أمره بالربط ولو ربط بأمره كان الامر على ماوصفنا كذا هذا ولوسقط سرج دابة فعطب به انسان فالدية على السائق أو القائد لان السقوط لا يكون الا بتقصير منه فى شد الحزام فكان مسببا للقتل متعديا فى التسبيب والله سبحانه وتعالى أعلم ومن هذا النوع جناية الناخس والضارب وجملة الكلام فيه ان الدابة المنخوسة أو المضروبة (اما) أن يكون عليها راكب (واما) أن لا يكون عليها راكب فان كان عليها راكب فالراكب لا يخلو اما ان كان سائرا واما ان كان واقفا والسير والوقوف اما ان يكون فى موضع أذن له بذلك (واما) أن يكون فى موضع لم يؤذن له به والناخس أو الضارب لا يخلو من أن يكون نخس أو ضرب بغير أمر الراكب أو بأمره فان فعل ذلك بغير أمر الراكب فنفحت الدابة برجلها أو ذنبها أو نفرت فصدمت انسانا فقتلته فان فعلت شيأ من ذلك على فور النخسة والضربة فالضمان على الناخس والضارب يتحمل عنهما عاقلتهما لا على الراكب سواء كان الراكب واقفا أو سائرا وسواء كان فى سيره أو وقوفه فيما أذن له بالسير فيه والوقوف أو فيما لم يؤذن بان كان يسير فى ملكه أو فى طريق المسلمين أو فى ملك الغير أو كان يقف فى ملكه أو فى سوق الخيل ونحوه أو فى طريق المسلمين وانما كان كذلك لان الموت حصل بسبب النخس أو الضرب وهو متعد فى السبب فيضمن ما تولد منه كما لو دفع الدابة على غيره والراكب الواقف على طريق العامة وان كان متعديا أيضا لكنه ليس بمتعد فى التعدى والناخس متعد فى التعدى وكذا الضارب فاشبه الدافع مع الحافر وقد روى عن سيدنا عمر رضى الله عنه انه ضمن الناخس دون الراكب وكذا روى عن ابن مسعود رضى الله عنه انه فعل هكذا وكان ذلك منهما بمحضر من الصحابة رضى الله عنهم ولم يعرف

الانكار من أحد فيكون اجماعا من الصحابة وانما شرط الفور لوجوب الضمان على الناخس والضارب لان الهلاك عند سكون الفور يكون مضافا الى الدابة لا الى الناخس والضارب ولو نخسها أوضربها وهو سائر عليها فوطئت انسانا فقتلته لم يذكر هذا فى ظاهر الرواية وروى ابن سماعة عن أبى يوسف أن الضمان عليهما لان الموت حصل بثقل الراكب وفعل الناخس وكل واحد منهما سبب لوجوب الضمان فقد اشتركا فى سبب وجوب الضمان وكذلك اذا كان واقفا عليها لما قلنا وتجب الكفارة على الراكب لوجود القتل منه مباشرة كما قلنا فى الراكب مع السائق أو القائد ولو نخسها أوضربها فوثبت والقت الراكب فالناخس أو الضارب ضامن لحصول التلف بسبب هو متعد فيه وهو النخس والضرب فيضمن ما تولد منه فان لم تلقه ولكنها جمحت به ثم أصابت فى فورها ذلك فعلى الناخس أو الضارب لما ذكرنا أن فعل كل واحد منهما وقع سببا للهلاك وهو متعد فى التسبيب فان نفحت الدابة الناخس أو الضارب فقتلته فدمه هدر لانه هلك من جناية نفسه وجناية الانسان على نفسه هدر هذا اذا نخس أوضرب بغير أمر الراكب فاما اذا فعل ذلك بأمر الراكب فان كان الراكب سائرا فيما أذن له بالسير فيه بان كان يسير فى ملك نفسه أو فى طريق المسلمين أو واقفا فيما أذن له بالوقوف بان وقف فى ملك نفسه أو فى سوق الخيل وغيره من المواضع التى أذن بالوقوف فيها فنفحت الدابة برجلها انسانا فقتلته فلا ضمان على الناخس ولا على الضارب ولا على الراكب لانه أمره عما يملكه بنفسه فصح أمره به فصار كانه نخس أوضرب بنفسه فنفحت وقد ذكرنا ان النفحة فى حال السير والوقوف فى موضع اذن بالسير أو الوقوف فيه غير مضمون على أحد لا على الراكب ولا على السائق ولا على القائد وان كان الراكب سائرا فيما لم يؤذن له بالسير بان كان يسير فى ملك الغير أو كان واقفا فيما لم يؤذن له بالوقوف فيه كما اذا كان واقفا فى ملك غيره أو فى طريق المسلمين فنفحت فالدية عليهما نصفان نصف على الناخس أو الضارب ونصف على الراكب ولا كفارة عليهما كذا ذكر فى ظاهر الرواية وروى ابن سماعة عن محمد رحمهما الله ان الضمان على الراكب ووجهه ان الناخس أو الضارب نخس أوضرب لها باذن الراكب وهو راكب وهو يملك ذلك بنفسه فانتقل فعله اليه فكان فعله بنفسه فكان الضمان عليه وجه ظاهر الرواية ان الناخس أو الضارب مع الراكب اشتركا فى سبب وجوب الضمان أما الناخس أو الضارب فلا يشكل لوجود سبب القتل من كل واحد منهما على سبيل التعدى (وأما) الراكب فلانه صار بالامر بالنخس أو الضرب ناخسا أو ضاربا والنفحة المتولدة من نخسه وضربه فى هذه المواضع مضمونة عليه الا أنه لا كفارة عليهما لحصول القتل بالتسبيب لا بالمباشرة هذا اذا نفحت فاما اذا اصدمت فان كان الراكب سائرا أو واقفا فى ملك نفسه فلا ضمان على الناخس والضارب ولا على الراكب لان فعل النخس والضرب مضاف الى الراكب لحصوله بامره والصدمة فى الملك غير مضمونة على الراكب سواء كان سائرا أو واقفا وان كان سيره أو وقوفه فى طريق المسلمين أو فى ملك الغير فينبغى أن يكون على الاختلاف الذى ذكرنا فى النفحة اذا كان الراكب واقفا فى موضع لم يؤذن بالوقوف فيه لان الصدمة مضمونة على الراكب اذا كان فى طريق المسلمين واقفا كان أو سائرا وكذا فى ملك الغير فيتأتى فيه الخلاف الذى ذكرنا فى النفحة والله سبحانه وتعالى أعلم هذا اذا نفحت أو صدمت فاما اذا وطئت انسانا فقتلته فالضمان عليهما سواء كان الراكب سائرا أو واقفا فى أى موضع كان فيما اذن فيه أو لم يؤذن لانهما اشتركا فى سبب القتل لحصول الموت بثقل الراكب والدابة وفعل الناخس وتجب الكفارة على الراكب لانه قاتل مباشرة فصار الراكب مع الناخس كالراكب مع السائق والقائد أن الدية عليهما نصفان والكفارة على الراكب خاصة كذا ههنا هذا الذى ذكرنا اذا كان على الدابة المنخوسة أو المضروبة راكب فاما اذا لم يكن عليها راكب فان لم يكن لا سائق ولا قائد فنخسها انسان أوضربها فما أصابت شيأ على فور النخسة والضربة فضمانه على الناخس والضارب فى أى موضع كانت الدابة لانه سبب الاتلاف بالنخس والضرب وهو متعد فى التسبيب فما تولد منه يكون مضمونا عليه وان كان عليها سائق أو قائد فنخس أوضرب

بغير أمره فنفحت أو نفرت فصدمت أو وطئت انسانا فقتلته فالضمان على الناخس أو الضارب لا على السائق والقائد في أي موضع كان الناخس والقائد لان الناخس مع السائق والقائد كالدافع مع الحافر لانه بالنخس أو الضرب كانه دفع الدابة على غيره وكذلك اذا كان لها سائق وقائد يقود أحدهما ويسوق الآخر فنخس أو ضرب بغير اذن واحد منهما فالضمان على الناخس والضارب لا عليهما في أي موضع كان الناخس والقائد لما ذكرنا أن الناخس متعمد كالدافع للدابة وكذا الضارب ولا تعمد من السائق والقائد وان كان كل واحد منهما أمره بذلك فنفحت فان كان سوقه أو قوده فيما اذن له بالسوق والقود فيه فلا ضمان على الناخس والضارب وان فعل ذلك بأمر السائق أو القائد فان كان يسوق أو يقود فيما أذن له بالسوق والقود فيه بان كان في ملكه أو في طريق المسلمين لا ضمان على أحد لان فعله يضاف اليه كالسائق أو القائد وان كان يسوق أو يقود فيما أذن له بذلك بان كان في ملك الغير فعلى قياس ما ذكرنا في ظاهر الرواية الضمان على الناخس والضارب وعلى السائق أو القائد ولا كفارة عليهما وعلى قياس ما ذكره ابن رستم عن أبي يوسف الضمان على السائق أو القائد خاصة وان صدمت فقتلت انسانا فان كان السائق يسوق في ملك نفسه فلا ضمان على أحد لان فعل الناخس أو الضارب بامر السائق أو القائد مضاف اليه والصدمة في الملك غير مضمونة على السائق والقائد والراكب وان كان يسوق أو يقود في طريق المسلمين أو في ملك الغير فهو على الاختلاف وان وطئت انسانا فقتلته فهو على الاختلاف أيضا سواء كان سوقه أو قوده فيما أذن له بالسوق والقود فيه أو لم يكن لان الوطأة مضمونة على كل حال والله تعالى أعلم وان وطئت تجب القيمة بلا خلاف لكن في قياس ظاهر الرواية على الناخس والضارب وعلى السائق والقائد نصفان وعلى قياس رواية ابن سماعة عن أبي يوسف على السائق والقائد خاصة والله تعالى أعلم بالصواب ومن هذا القبيل جناية الحائط المائل اذا سقط على رجل فقتله أو على متاع فافسده أو على دار فهدمها أو على حيوان فعطب به وجملة الكلام فيه أن الحائط لا يخلو اما ان بني مستويا مستقيما ثم مال (واما) ان بني مائلا من الاصل فان بني مستقيما ثم مال فميلانه لا يخلو اما أن يكون الى الطريق (واما) ان يكون الى ملك انسان فان كان الى الطريق لا يخلو من أن يكون نافذا وهو طريق العامة أو غير نافذ وهو السكة التي ليست بنافذة فان كان نافذا فسقط فعطب به شئ مما ذكرنا يجب الضمان على صاحب الحائط اذا وجد شرائط وجوبه فيقع الكلام في سبب وجوب الضمان وفي بيان شرائط الوجوب وفي بيان ماهية الضمان الواجب وكيفيته (اما) الاول فسبب وجوب الضمان هو التعدي بالتسبيب الى الاتلاف بترك النقض المستحق مع القدرة على النقض لانه اذا مال الى طريق العامة فقد حصل الهواء في يد صاحب الحائط من غير فعله وهو الطريق حق العامة كنفس الطريق فقد حصل حق الغير في يده بغير صنعه فاذا طولب بالنقض فقد لزمه ازالة يده عنه بهدم الحائط فاذا لم يفعل مع الامكان فقد صار متعديا باستبقاء يده عليه كثوب هبت به الريح فالقته في دار انسان فطولب به فامتنع من الرد مع امكان الرد حتى هلك يضمن لما قلنا كذا هذا وقد روى عن جماعة من التابعين مثل الشعبي وشريح وابراهيم وغيرهم رحمهم الله انهم قالوا اذا تقدم اليه في الحائط فلم يهدمه وجب عليه الضمان والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

﴿فصل﴾ وأما شرائط الوجوب فمنها المطالبة بالنقض حتى لو سقط قبل المطالبة فعطب به شئ لا ضمان على صاحب الحائط لان الضمان يجب بترك النقض المستحق لان به يصير متعديا في التسبيب الى الاتلاف ولا يثبت الاستحقاق بدون المطالبة وصورة المطالبة هي ان يتقدم اليه واحد من عرض الناس فيقول له ان حائطك هذا مائل أو مخوف فارفعه فاذا قال ذلك لزمه رفعه لان هذا حق العامة فاذا قام به البعض صار خصما عن الباقين سواء كان الذي تقدم اليه مسلما أو ذميا حرا أو عبدا بعد ان كان أذن له مولاه بالخصومة فيه بالغا أو صبيا بعد أن كان عاقلا وقد أذن له وليه بالخصومة فيه لان الطريق حق جميع أهل الدار فكان لكل واحد من أهل الدار حق المطالبة بازالة سبب الضرر عنه الا أنه لا بد من عقل الطالب وكونه مأذونا بالتصرف لان كلام المجنون والمحجور عليه غير معتبر في الشرع فكان

ملحقاً بالعدم و ينبغي أن يشهد على الطلب وتفسير الاشهاد ماذكره محمد رحمه الله وهو أن يقول الرجل اشهدوا انى قد تقدمت الى هـذا الرجل فى هدم حائطه هذا والاشهاد للتحرز عن الجحود والانكار لجواز ان ينكر صاحب الحائط المطالبـة بالنقض فتقع الحاجة الى الاشـهاد لاثبات الطلب عنـد القاضي لا لصحة الطلب فان الطلب يصح بدون الاشهاد حـتى لو اعترف صاحب الدار بالطلب يجب عليه الضمان وان لم يشهد عليـه وكذا اذا أنكر يجب عليـه الضمان فيما بينـه و بين الله سبحانه وتعالى ونظيره ماقلنـا فى الشفعة أن الشرط فيها الطلب لا الاشهاد وانما الاشهاد لحاجة الى اثبات الطلب على تقدير الانكار حتى لو أقر المشترى بالطلب يثبت حـق الشفعة وان لم يشهد على الطلب وكذا لو وجد الطلب يثبت الحق له فيما بينه و بين الله تبـارك وتعالى وكذا الاشهاد فى باب اللقطة على أصـل أبى حنيفة رحمه الله من هذا القبيل وقد ذكرنا ذلك فى كتاب اللقطة ولو طولب صاحب الحائط بالنقض فلم ينقض حـتى سقط الى الطريق فعثر بنقضه انسان فعطب به فان كان قد طولب بدفع النقض يضمن لانه اذا طولب بالرفع لزمه الرفع فاذا لم يرفع صار متعديا فيضمن ما تولد منه وان كان لم يطالب برفعه لا ضمان عليه عند أبى يوسف وعند محمـد يضمن وجه قوله انه لما طولب بالنقض فلم ينقض حـتى سقط صار متعديا بترك النقض فحصل التلف بسبب هو متعد فيـه فيضمن ولهذا ضمن اذا وقع على انسان كذا اذا عطب بنقضه انسان وجه قول أبى يوسف ان الحـائط قد زال عن الموضع الذى طولب فيه لانتقاله عن محل الجناية وهو الهواء الى محل آخر بغير صنع صاحبه فلا بد من مطالبـة أخرى كمن وضع حجراً فى الطريق فدحرجتـه الريح الى موضع آخر فعطب به انسان انه لا ضـمان على الواضع كذا ههنا بخلاف ما اذا سقط على انسان لانه لما زال عن محل المطالبة وهو الهواء الذى هو محـل الجناية فلا يحتاج الى مطالبـة أخرى وان كان الطريق غير نافذ فالخصومة الى واحد من أهل تلك السكة لان الطريق حقهم فكان لكل واحـد منهم ولاية التقدم الى صاحب الحائط وان كان ميلان الحائط الى ملك رجل فالمطالبة بالنقض والاشهاد الى صاحب الملك لان هواء ملكه حقه وقد شغل الحائط حق صاحب الملك فكانت المطالبة بالتفريغ اليه فان كان فى الدار ساكن كالمستأجر والمستعير فالمطالبة والاشهاد الى الساكن فيشترط طلب الساكن أو المالك لان الساكن له حق المطالبة بازالة ما يشغل الدار فكان له ولاية المطالبة بازالة ما يشغل الهواء أيضاً ولو طولب صاحب الحائط بالنقض فاستأجل الذى طالبه أو استـأجل القاضي فأجله فان كان ميلان الحائط الى الطريق فالتأجيل باطل وان كان ميلانه الى دار رجل فأجله صاحب الدار أو أبرأه منه أو فعل ذلك ساكن الدار فذلك جائز ولا ضمان عليـه فيما تلف بالحائط والله سبحانه وتعـالى أعلم ووجه الفرق بينهما أن الحق فى الطريق لجماعة المسلمين فاذا طالب واحد منهم بالنقض فقـد تعلق الضمان بالحائط لحق الجماعة فكان التأجيل والابراء اسقاطا لحق الجـماعة فلا يملك ذلك بخلاف ما اذا كان الميلان الى دار انسان لان هناك الحق لصاحب الدار خاصة وكذلك الساكن فكان التأجيل والابراء منه اسقاطا لحق نفسه فيملكه وكذلك لو وضع رجل فى دار غيره حجرا أو حفر فيها بئرا أو بنى فيها بناء وأبرأه صاحب الدار منه كان بريئا ولا يلزمه ما عطب بشيء من ذلك سواء عطب به صاحب الدار أو داخل دخل لان الحق له فيملك اسقاطه كانه فعل ذلك باذنه (ومنها) أن يكون المطالب بالنقض ممن يلى النقض لان المطالبـة بالنقض ممن لا يلى النقض سـفه فكان وجودها والعدم بمنزلة واحدة فلا تصح مطالبة المستودع والمستعير والمسـتأجر والمرتهن لانه ليس لهم ولاية النقض فتصح مطالبة الراهن لان له ولاية النقض لقيـام الملك فينقض و يقضى الدين فيصير متعـديا بترك النقض وتصح مطالبة الاب والوصى فى هدم حائط الصغير لثبوت ولاية النقض لهما فان لم ينقضا حتى سقط يجب الضمان على الصـبي لان التلف بترك النقض المستحق على الولى والوصى مضاف الى الصبى لقيامهما مقام الصـبي والصبي مؤاخذ بافعاله فيضمن وتتحمل عنه عاقلته فيما تتحمل العاقلة و يكون فى ماله فيما لا تتحمله العـاقلة كالبالغ سواء وعلى هذا يخرج ما اذا كان الحائط المـائل لجماعة فطولب بعضهم بالنقض فلم ينقض حتى سقط فعطب به شيء ان القياس

أن لا يضمن أحد منهم شيأ وفى الاستحسان يضمن الذى طولب وجه القياس انه لم يوجد من أحد منهم ترك النقض المستحق (أما) الذين لم يطالبوا بالنقض فظاهر (وأما) الذى طولب به فلان أحد الشركاء لا يلى النقض بدون الباقين وجه الاستحسان أن المطالب بالنقض ترك النقض مع القدرة عليه لانه يمكنه ان يخاصم الشركاء و يطالبهم بالنقض ان كانوا حضورا وان كانوا غيبا يمكنه أن يرفع الامر الى القاضى حتى يأمره القاضى بالنقض لان فيه حقا لجماعة المسلمين والامام يتولى ذلك لهم فيأمر الحاضر بنقض نصيبه ونصيب الغائبين فاذا لم يفعل فقد صار متعديا بترك النقض المستحق فيضمن ما تولد منه لكن بقدر حصته من الحائط فى قول أبى حنيفة رحمه الله وفى قولهما عليه ضمان النصف وجه قولهما ان أنصباء الشركاء الآخرين لم يجب بها ضمان فكانت كنصيب واحد كمن جرحه رجل وعقره سبع ونهشته حية فمات من ذلك كله ان على الجارح النصف لان عقر السبع ونهش الحية لم يجب بهما ضمان فكانا كالشئ الواحد كذا هذا ولابى حنيفة رضى الله عنه أن التلف حصل بثقل الحائط وليس ذلك معنى مختلفا فى نفسه فيضمن بمقدار نصيبه والله تعالى أعلم ومنها قيام ولاية النقض وقت السقوط ولا يكتفى بثبوتها وقت المطالبة لانه انما يصير متعديا بترك النقض عند السقوط كانه أسقطه فاذا لم يبق له ولاية النقض عند السقوط لم يصر متعديا بترك النقض فلا يجب الضمان عليه وعلى هذا يخرج ما اذا طولب بالنقض فلم ينقض حتى باع الدار التى فيها الحائط من انسان وقبضه المشترى أو لم يقبضه ثم سقط على شئ فعطب به أنه لا ضمان على البائع لانعدام ولاية النقض وقت السقوط بخروج الحائط عن ملكه ولا على المشترى أيضا لانعدام المطالبة فى حقه فرق بين هذا و بين ما اذا شرع جناحا الى الطريق ثم باع الدار مع الجناح ثم وقع على انسان انه يضمن البائع ووجه الفرق أن وجوب الضمان هناك على البائع قبيل البيع لكونه متعديا باشراع الجناح والاشراع على حاله لم يتغير فلا يتغير ما تعلق به من الضمان ووجوب الضمان لكونه متعديا بترك النقض المستحق وذلك عند سقوط الحائط وقد بطل الاستحقاق بالبيع فلم يوجد التعدى عند السقوط بترك النقض فلا يجب الضمان وعلى هذا يخرج ما اذا طولب الاب بنقض حائط الصغير فلم ينقض حتى مات الاب أو بلغ الصبى ثم سقط الحائط أنه لا ضمان فيه لان قيام الولاية وقت السقوط شرط وقد بطلت بالموت والبلوغ والله تعالى أعلم (ومنها) امكان النقض بعد المطالبة وهو أن يكون سقوط الحائط بعد المطالبة بالنقض فى مدة يمكنه نقضه فيها لان الضمان يجب بترك النقض الواجب ولا وجوب بدون الامكان حتى لو طولب بالنقض فلم يفرط فى نقضه ولكنه ذهب يطلب من ينقضه فسقط الحائط فتلف به شئ لا ضمان عليه لانه اذا لم يتمكن من النقض لم يكن بترك النقض متعديا فبقى حق الغير حاصلا فى يده بغير صنعه فلا يكون مضمونا عليه والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ماهية الضمان الواجب بهذه الجناية وكيفيته فالواجب بهذه الجناية ما هو الواجب بجنسها من جناية الحافر ومن فى معناه وجناية السائق والقائد والناخس وهو ما ذكرنا ان الجناية ان كانت على بنى آدم وكانت نفسا فالواجب بها الدية وان كانت ما دون النفس فالواجب بها الارش فاذا بلغ الواجب بها نصف عشر دية الذكر وهو عشر دية الانثى فما فوقه تتحمله العاقلة ولا تتحمل ما دون ذلك ولا ما يجب بالجناية على غير بنى آدم بل يكون فى ماله لما بينا فيما تقدم الا أن ظهور الملك لصاحب الحائط فى الدار عند الانكار بحجة مطلقة وهى البينة شرط تحمل العاقلة حتى لو أنكرت العاقلة كون الدار ملكا لصاحب الحائط لا عقل عليهم حتى يقيم صاحب الدار البينة على الملك كذا ذكر محمد رحمه الله فقال لا تضمن العاقلة حتى يشهد الشهود على ثلاثة أشياء على التقديم اليه من سقوط الحائط وعلى أن الدار له يريديه عند الانكار أما الشهادة على الملك فلان الملك وان كان ثابتا له بظاهر اليد لكن الظاهر لا يستحق به حق على غيره اذ هو حجة للدفع لا حجة الاستحقاق لحياة المفقود وغير ذلك فلا بد من الاثبات بالبينة وعند زفر رحمه الله تتحمل العاقلة بظاهر اليد وهو على الاختلاف الذى ذكرنا فى الشفعة (وأما) الشهادة على المطالبة

لان المطالبة شرط وجوب الضمان لما ذكرنا فيما تقدم فلا بد من اثباتها بالبينة عند الانكار (وأما) الشهادة على الموت من سقوط الحائط فلان به يظهر سبب وجوب الضمان وهو التعدى لانه مالم يعلم انه مات من السقوط لا يعلم كون صاحب الحائط متعديا عليه والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ فى القسامة هذا الذى ذكرنا حكم قتل نفس علم قاتلها فاما حكم نفس لم يعلم قاتلها فوجوب القسامة والدية عند عامة العلماء رحمهم الله تعالى وعند مالك رحمه الله وجوب القسامة والقصاص والكلام فى القسامة يقع فى مواضع فى تفسير القسامة و بيان محلها وفى بيان شرائط وجوب القسامة والدية وفى بيان سبب وجوب القسامة والدية وفى بيان من يدخل فى القسامة والدية وفى بيان ما يكون ابراء عن القسامة والدية أما تفسير القسامة و بيان محلها فالقسامة فى اللغة تستعمل بمعنى الوسامة وهو الحسن والجمال يقال فلان قسيم أى حسن جميل وفى صفات النبى عليه الصلاة والسلام قسيم وتستعمل بمعنى القسم وهو اليمين الا ان فى عرف الشرع تستعمل فى اليمين بالله تبارك وتعالى بسبب مخصوص وعدد مخصوص وعلى شخص مخصوص وهو المدعى عليه على وجه مخصوص وهو أن يقول خمسون من أهل المحلة اذا وجد قتيل فيها بالله ماقتلناه ولا علمنا له قاتلا فاذا حلفوا يغرمون الدية وهذا عند أصحابنا رحمهم الله وقال مالك رحمه الله ان كان هناك لوث يستحلف الاولياء خمسين يميناً فاذا حلفوا يقتص من المدعى عليه وتفسير اللوث عنده أن يكون هناك علامة القتل فى واحد بعينه أو يكون هناك عداوة ظاهرة وقال الشافعى رحمه الله ان كان هناك لوث أى عداوة ظاهرة وكان بين دخوله المحلة و بين وجوده قتيلا مدة يسيرة يقال للولى عين القاتل فان عين القاتل يقال للولى احلف خمسين يمينا فان حلف فله قولان فى قول يقتل القاتل الذى عينه كما قال مالك رحمه الله وفى قول يغرمه الدية فان عدم أحد هذين الشرطين اللذين ذكرناهما يحلف أهل المحلة فاذا حلفوا لاشئ عليهم كما فى سائر الدعاوى احتجا لوجوب القسامة على المدعى بحديث سهل بن أبى خيثمة أنه قال وجد عبد الله بن سهل قتيلا فى قليب خيبر فجاء أخوه عبد الرحمن بن سهل وعماه حويصة ومحيصة الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فذهب عبد الرحمن يتكلم عند النبى عليه الصلاة والسلام فقال عليه الصلاة والسلام الكبر الكبر فتكلم أحد عميه اما حويصة واما محيصة الكبير منهما فقال يارسول الله انا وجدنا عبد الله قتيلا فى قليب من قليب خيبر وذكر عداوة اليهود لهم فقال عليه الصلاة والسلام يحلف لكم اليهود خمسين يمينا انهم لم يقتلوه فقالوا كيف نرضى بأيمانهم وهم مشركون فقال عليه الصلاة والسلام فيقسم منكم خمسون انهم قتلوه فقالوا كيف نقسم على مالم نره فوداه عليه الصلاة من عنده ووجه الاستدلال بالحديث انه عليه الصلاة والسلام عرض الايمان على أولياء القتيل فدل أن اليمين على المدعى (ولنا) ماروى عن زياد بن أبى مريم انه قال جاء رجل الى النبى عليه الصلاة والسلام فقال يارسول الله انى وجدت أخى قتيلا فى بنى فلان فقال عليه الصلاة والسلام اجمع منهم خمسين فيحلفون بالله ماقتلوه ولا علموا له قاتلا فقال يارسول الله ليس لى من أخى الا هذا فقال بل لك مائة من الابل فدل الحديث على وجوب القسامة على المدعى عليهم وهم أهل المحلة لا على المدعى وعلى وجوب الدية عليهم مع القسامة و روى عن ابن عباس رضى الله عنهما انه قال وجد قتيل بخيبر فقال عليه الصلاة والسلام اخرجوا من هذا الدم فقالت اليهود قد كان وجد فى بنى اسرائيل على عهد سيدنا موسى عليه الصلاة والسلام فقضى فى ذلك فان كنت نبياً فاقض فقال لهم النبى عليه الصلاة والسلام تحلفون خمسين يمينا ثم يغرمون الدية فقالوا قضيت بالناموس أى بالوحى وهذا نص فى الباب و به يبطل قول مالك رحمه الله بايجاب القصاص به لان النبى عليه الصلاة والسلام غرمهم الدية لا القصاص ولو كان الواجب هو القصاص لغرمهم القصاص لا الدية وروى أن سيدنا عمر رضى الله عنه حكم فى قتيل وجد بين قريتين فطرحه على أقربهما وألزم أهل القرية القسامة والدية وكذا روى عن سيدنا على رضى الله عنه ولم ينقل الانكار عليهما من أحد من الصحابة رضى الله عنهم فيكون اجماعا (وأما) حديث سهل ففيه مايدل على عدم الثبوت ولهذا ظهر النكير فيه من السلف فان فيه أنه

عليه

عليه الصلاة والسلام دعاهم الى أيمان اليهود فقالوا كيف نرضى بأيمانهم وهم مشركون وهذا يجرى مجرى الرد لما دعاهم اليه مع ما أن رضا المدعى لا مدخل له فى يمين المدعى عليه وفيه أيضا أنه لما قال لهم يحلف منكم خمسون أنهم قتلوه قالوا كيف نحلف على مالم نشهد وهذا أيضا يجرى مجرى الرد لقوله عليه الصلاة والسلام ثم انهم أنكروا ذلك لعدم علمهم بالمحلوف عليه ورسول الله صلى الله عليه وسلم كان يعلم أنهم لا علم لهم بذلك فكيف استجاز عرض اليمين عليهم ولئن ثبت فهو مؤول وتأويله أنهم لما قالوا لا نرضى بأيمان اليهود فقال لهم عليه الصلاة والسلام يحلف منكم خمسون على الاستفهام أى أيحلف اذ الاستفهام قد يكون بحذف حرف الاستفهام كما قال الله تعالى جل شأنه تريدون عرض الدنيا أى أتريدون كما روى فى بعض ألفاظ حديث سهل أتحلفون وتستحقون دم صاحبكم على سبيل الرد والانكار عليهم كما قال الله تبارك وتعالى أفحكم الجاهلية يبغون حملناه على هذا توفيقا بين الدلائل والحديث المشهور دليل على ما قلنا وهو قوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه جعل جنس اليمين على المدعى عليه فينبغى أن لا يكون شئ من الايمان على المدعى فان قيل روى عنه عليه الصلاة والسلام انه قال البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه الا فى القسامة استثنى القسامة فينبغى أن لا تكون اليمين على المدعى عليه فى القسامة لان حكم المستثنى يخالف حكم المستثنى منه فالجواب أن الاستثناء لو ثبت فله تأويلان أحدهما اليمين على المدعى عليه بعينه الا فى القسامة فانه يحلف من لم يدع عليه القتل بعينه والثانى اليمين كل الواجب على المدعى عليه الا فى القسامة فانه تجب معها الدية والله سبحانه وتعالى أعلم وانما جمعنا فى القسامة بين اليمين البتات والعلم الى آخره لان احدى اليمينين كانت على فعلهم فكانت على البتات والاخرى على فعل غيرهم فكانت على العلم والله تعالى عز وجل أعلم فان قيل أى فائدة فى الاستحلاف على العلم وهم لو علموا القاتل فاخبروا به لكان لا يقبل قولهم لانهم يسقطون به الضمان عن أنفسهم فكانوا متهمين دافعين الغرم عن أنفسهم وقد قال عليه الصلاة والسلام لا شهادة للمتهم وقال عليه الصلاة والسلام لا شهادة لجار المغنم ولا لدافع المغرم قيل انما استحلفوا على العلم اتباعا للسنة لان السنة هكذا وردت لما روينا من الاخبار فاتبعنا السنة من غير أن نعقل فيه المعنى ثم فيه فائدة من وجهين أحدهما أن من الجائز ان يكون القاتل عبد الواحد منهم فيقر عليه بالقتل فيقبل اقراره لان اقرار المولى على عبده بالقتل الخطأ صحيح فيقال له ادفعه أو افده ويسقط الحكم عن غيره فكان التحليف على العلم مفيدا وجائز أن يقر على عبد غيره ويصدقه مولاه فيؤمر بالدفع أو الفداء ويسقط الحكم عن غيره فكان مفيدا فجاز ان يكون التحليف على العلم لهذا المعنى فى الاصل ثم بقى هذا الحكم وان لم يكن لواحد من الحالفين عبد كالرمل فى الطواف لانه عليه الصلاة والسلام كان يرمل فى الطواف اظهارا للجلادة والقوة مرآة للكفرة بقوله عليه الصلاة والسلام رحم الله امرأ أظهر اليوم الجلادة من نفسه ثم زال ذلك اليوم ثم بقى الرمل سنة فى الطواف حتى روى أن سيدنا عمر رضى الله عنه كان يرمل فى الطواف ويقول ما أهز كتفى ولم أحدا رأيته لكنى رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يفعل ذلك كذا هذا والثانى أنه لا يمتنع أن يكون واحد منهم أمر صبيا أو مجنونا أو عبدا محجورا عليه بالقتل ولو أقر به يلزمه فى ماله يحلف بالله ما علمت له قاتلا لانه لو قال علمت له قاتلا وهو الصبى الذى أمره بقتله لكان حاصل الضمان عليه ويسقط الحكم عن غيره فكان مفيدا والله تعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما شرائط وجوب القسامة والدية فأنواع منها أن يكون الموجود قتيلا وهو أن يكون به أثر القتل من جراحة أو أثر ضرب أو خنق فان لم يكن شئ من ذلك فلا قسامة فيه ولا دية لانه اذا لم يكن به أثر القتل فالظاهر أنه مات حتف أنفه فلا يجب فيه شئ فاذا احتمل انه مات حتف أنفه واحتمل أنه قتل احتمالا على السواء فلا يجب شئ بالشك والاحتمال ولهذا لو وجد فى المعركة ولم يكن به أثر القتل لم يكن شهيدا حتى يغسل وعلى هذا قالوا اذا وجدوا الدم يخرج من فمه أو من أنفه أو دبره أو ذكره لا شئ فيه لان الدم يخرج من هذه المواضع عادة بدون الضرب بسبب القئ والرعاف وعارض آخر فلا يعرف كونه قتيلا وان كان يخرج من عينه أو أذنه ففيه القسامة والدية لان الدم

لا يخرج من هذه المواضع عادة فكان الخروج مضافا الى ضرب حادث فكان قتيلا ولهذا لو وجد هكذا فى المعركة كان شهيدا وفى الاول لا يكون شهيدا ولو مر فى محلة فاصابه سيف أو خنجر فجرحه ولا يدرى من أى موضع أصابه فحمل الى أهله فمات من تلك الجراحة فان كان لم يزل صاحب فراش حتى مات فعلى عاقلة القبيلة القسامة والدية وان لم يكن صاحب فراش فلا قسامة ولا دية وهذا قولهما وقال أبو يوسف رحمه الله لا قسامة فيه ولا ضمان فى الوجهين جميعا وهو قول ابن أبى ليلى رحمه الله وجه قول أبى يوسف ان المجروح اذا لم يمت فى المحلة كان الحاصل فى المحلة مادون النفس ولا قسامة فيما دون النفس كما لو وجد مقطوع اليد فى المحلة ولهذا لو لم يكن صاحب فراش فلا شئ فيه كذا هذا (وجه) قول أبى حنيفة رحمه الله أنه اذا لم يبرأ عن الجراحة وكان لم يزل صاحب فراش حتى مات علم انه مات من الجراحة فعلم ان الجراحة حصلت قتلا من حين وجودها فكان قتيلا فى ذلك الوقت كانه مات فى المحلة بخلاف ما اذا لم يكن صاحب فراش لأنه اذا لم يصر صاحب فراش لم يعلم ان الموت حصل من الجراحة فلم يوجد قتيلا فى المحلة فلا يثبت حكمه وعلى هذا يخرج ما اذا وجد من القتيل أكثر بدنه ان فيه القسامة والدية لانه يسمى قتيلا لان للاكثر حكم الكل ولو وجد عضو من أعضائه كاليد والرجل أو وجد أقل من نصف البدن فلا قسامة فيه ولا دية لان الاقل من النصف لا يسمى قتيلا ولانا لو أوجبنا فى هذا القدر القسامة لاوجبنا فى الباقى قسامة أخرى فيؤدى الى اجتماع قسامتين فى نفس واحدة وهذا لا يجوز وان وجد النصف فان كان النصف الذى فيه الرأس ففيه القسامة والدية وان كان النصف الآخر فلا قسامة فيه ولا دية لان الرأس اذا كان معه يسمى قتيلا واذا لم يكن لا يسمى قتيلا لان الرأس أصل ولانا لو أوجبنا فى النصف الذى لا رأس فيه للزمنا الايجاب فى النصف الذى معه الرأس فيؤدى الى ما قلنا وان وجد الرأس وحده فلا قسامة ولا دية لان الرأس وحده لا يسمى قتيلا وان وجد النصف مشقوقا فلا شئ فيه لان النصف المشقوق لا يسمى قتيلا ولان فى اعتباره ايجاب القسامتين على ما بينا ونظير هذا ما قلنا فى صلاة الجنازة اذا وجد أكثر البدن أو أقل أو نصفه على التفصيل الذى ذكرنا والله سبحانه وتعالى أعلم (ومنها) ان لا يعلم قاتله فان علم فلا قسامة فيه ولكن يجب القصاص ان كان قتيلا يوجب القصاص وتجب الدية ان كان قتيلا يوجب الدية وقد ذكرنا جميع ذلك فيما تقدم (ومنها) ان يكون القتيل من بنى آدم عليه الصلاة والسلام فلا قسامة فى بهيمة وجدت فى محلة قوم ولا غرم فيها لان لزوم القسامة فى نفسها أمر ثبت بخلاف القياس لان تكرار اليمين غير مشروع واعتبار عدد الخمسين غير معقول ولهذا لم يعتبر فى سائر الدعاوى وكذا وجوب الدية معها لان اليمين فى الشرع جعلت دافعة للاستحقاق بنفسها كما فى سائر الدعاوى الا انا عرفنا ذلك بالنصوص والاجماع فى بنى آدم خاصة فبقى الامر فيما وراءهم على الاصل ولهذا لم تجب القسامة والغرامة فى سائر الاموال كذا فى البهائم وتجب فى العبد القسامة والقيمة اذا وجد قتيلا فى غير ملك صاحبه لانه آدمى من كل وجه ولهذا يجب فيه القصاص فى العمد والكفارة فى الخطأ وتغرم العاقلة قيمته فى الخطأ وهذا على أصلهما فأما على أصل أبى يوسف فلا قسامة فيه ولا دية لان العبد عنده مضمون بالخطأ من حيث انه مال لا من حيث انه آدمى ولهذا قال تجب قيمته فى القتل الخطأ بالغة ما بلغت ولا تتحملها العاقلة فكان بمنزلة البهيمة وكذا الجواب فى المدبر وأم الولد والمكاتب والمأذون لما قلنا وسواء كان القتيل مسلما أو ذميا عاقلا أو مجنونا بالغا أو صبيا ذكرا أو أنثى لانه عليه الصلاة والسلام أطلق القضية بالقسامة والدية فى مطلق قتيل أخبر به فى بعض الاحاديث ولم يستفسر ولو كان الحكم يختلف لاستفسر ولان دم هؤلاء مضمون بالقصاص والدية فى العمد والخطأ فيكون مضمونا بالقسامة والدية وسواء وجد المسلم قتيلا فى محلة المسلمين أو فى محلة أهل الذمة لان عبد الله بن سهل الانصارى رضى الله عنه وجد قتيلا فى قليب من قليب خيبر وأوجب رسول الله صلى الله عليه وسلم القسامة على اليهود وكذا الذمى لان لهم ما للمسلمين وعليهم ما عليهم الا ما نص بدليل (ومنها) الدعوى من أولياء القتيل لان القسامة يمين واليمين لا تجب بدون الدعوى كما فى سائر الدعاوى والله سبحانه وتعالى أعلم (ومنها) انكار المدعى

عليه

عليه لان اليمين وظيفة المنكر قال عليه الصلاة والسلام واليمين على من أنكر جعل جنس اليمين على المنكر فينفى وجوبها على غير المنكر (ومنها) المطالبة بالقسامة لان اليمين حق المدعى وحق الانسان يوفى عند طلبه كما فى سائر الايمان ولهذا كان الاختيار فى حال القسامة الى أولياء القتيل لان الايمان حقهم فلهم أن يختاروا من يتهمونه ويستحلفون صالحى العشيرة الذين يعلمون انهم لا يحلفون كذبا ولو طولب من عليه القسامة بها فنكل عن اليمين حبس حتى يحلف أو يقر لان اليمين فى باب القسامة حق مقصود بنفسه لانه وسيلة الى المقصود وهو الدية بدليل انه يجمع بينه وبين الدية ولهذا قال الحرث بن الازمع لسيدنا عمر رضى الله عنه انبذل ايماننا وأموالنا فقال نعم وروى ان الحارث قال أما تجزى هذه عن هذه فقال لا وروى انه قال فيم يبطل دم صاحبكم فاذا كانت مقصودة بنفسها فمن امتنع عن أداء حق مقصود بنفسه وهو قادر على الاداء يجبر عليه بالحبس كمن امتنع عن قضاء دين عليه مع القدرة على القضاء بخلاف اليمين فى سائر الحقوق فانها ليست مقصودة بنفسها بل هى وسيلة الى المقصود وهو المال المدعى ألا ترى انه لا يجمع بينهما بل اذا حلف المدعى عليه برئ أولا ترى انه اذا لم يحلف المدعى عليه ولم يقر وبذل المال لا يلزمه شئ وههنا لو لم يحلفوا ولم يقروا وبذلوا الدية لا تسقط عنهم القسامة فدل انها مقصودة بنفسها فيجبرون عليها بالحبس وروى عن أبى يوسف انهم لا يحبسون والدية على العاقلة ذكره القاضى فى شرحه مختصر الطحاوى رحمه الله وذكر فيه أيضا ان الامام اذا آيس عن الحلف وسأله الاولياء ان يغرمهم الدية يقضى عليهم بالدية والله تعالى أعلم (ومنها) أن يكون الموضع الذى وجد فيه القتيل ملكا لاحد أو فى يد أحد فان لم يكن ملكا لاحد ولا فى يد أحد أصلا فلا قسامة فيه ولا دية وان كان فى يد أحد يد العموم لا يد الخصوص وهو ان يكون التصرف فيه لعامة المسلمين لا لواحد منهم ولا لجماعة يحصون لا تجب القسامة وتجب الدية وانما كان كذلك لان القسامة أو الدية انما تجب بترك الحفظ اللازم على ما نذكر فاذا لم يكن ملك أحد ولا فى يد أحد أصلا لا يلزم أحدا حفظه فلا تجب القسامة والدية واذا كان فى يد العامة فحفظه على العامة لكن لا سبيل الى ايجاب القسامة على الكل لتعذر الاستيفاء من الكل وأمكن ايجاب الدية على الكل لامكان الاستيفاء منهم بالاخذ من بيت المال لان مال بيت المال مالهم فكان الاخذ من بيت المال استيفاء منهم وعلى هذا يخرج ما اذا وجد القتيل فى فلاة من الارض ليس بملك لاحد انه لا قسامة فيه ولا دية اذا كان بحيث لا يسمع الصوت من الامصار ولا من قرية من القرى فان كان بحيث يسمع الصوت تجب القسامة على أقرب المواضع اليه فان كان أقرب الى القرى فعلى أقرب القرى وان كان أقرب الى المصر فعلى أقرب محال المصر اليه لانه اذا كان بحيث لا يسمع الصوت والغوث لا يلحق ذلك الموضع فلم يكن الموضع فى يد أحد فلم يوجد القتيل فى ملك أحد ولا فى يد أحد أصلا فلا تجب فيه القسامة ولا الدية واذا كانت بحيث يسمع الصوت والغوث يلحق فكان من توابع أقرب المواضع اليه وقد ورد باعتبار القرب حديث عنه عليه الصلاة والسلام وقضى به أيضا سيدنا عمر رضى الله تعالى عنه على ما نذكر ولو وجد فى نهر عظيم كدجلة والفرات وسيحون ونحوها فان كان النهر يجرى به فلا قسامة ولا دية لان النهر العظيم ليس ملكا لاحد ولا فى يد أحد وقال زفر رحمه الله تجب على أقرب القرى من ذلك الموضع كما اذا وجد على الدابة وهى تسير وليست فى يد أحد وهذا القياس ليس بسديد لان الموضع الذى تسير فيه الدابة تابع لاقرب المواضع اليه فكان فى يد أهله بخلاف النهر الكبير فانه لا يدخل تحت يد أحد لا بالاصالة ولا بالتبعية وان كان النهر لا يجرى به ولكنه كان محتبسا فى الشط أو مربوطا على الشط أو ملقى على الشط فان كان الشط ملكا فحكمه حكم الارض المملوكة أو الدار المملوكة اذا وجد فيها قتيل وسنذكره ان شاء الله تعالى فان لم يكن ملكا لاحد فعلى أقرب المواضع اليه من الامصار والقرى من حيث يسمع الصوت القسامة والدية لانهم يستقون منه الماء ويوردون دوابهم فكان لهم تصرف فى الشط فكان الشط فى أيديهم وكذلك لو كان فى الجزيرة فعلى أقرب المواضع الى الجزيرة من الامصار والقرى من حيث يسمع الصوت القسامة والدية لان الجزيرة تكون فى تصرفهم فكانت

فى أيديهم وان وجد فى نهر صغير مما يقضى فيه بالشفعة للشركاء فى الشرب ففيه القسامة والدية على أهل النهر لان النهر مملوك لهم وسواء كان القتيل محتبسا أو مربوطا على الشط أو كان النهر يجرى به بخلاف النهر الكبير لانه اذا كان ملكا لا رباب كان الموضع الذى يجرى به مملوكا لهم وليس كذلك النهر الكبير ولا قسامة فى قتيل يوجد فى مسجد الجامع ولا فى شوارع العامة ولا فى جسور العامة لانه لم يوجد الملك ولا يد الخصوص وتجب الدية على بيت المال لان تدبير هذه المواضع ومصلحتها الى العامة فكان حفظها عليهم فاذا قصروا ضمنوا وبيت المال مالهم فيؤخذ من بيت المال وكذلك لا قسامة فى قتيل فى سوق العامة وهى الاسواق التى ليست بمملوكة وهى سوق السلطان لانها اذا لم تكن مملوكة وليس لاحد عليها يد الخصوص كانت كالشوارع العامة لان سوق السلطان لعامة المسلمين فلا تجب القسامة وتجب الدية لان حفظها والتدبير فيها الى جماعة المسلمين فيضمنون بالتقصير فبيت المال مال عامة المسلمين فيؤخذ منه وكذا اذا وجد فى مسجد جماعتهم لا قسامة والدية فى بيت المال لانه لا ملك لاحد فيه ولا يد الخصوص ويد العموم توجب الدية لا القسامة لما بينا فان كان السوق ملكا تجب القسامة والدية لكن على من تجب فيه اختلاف نذكره فى موضعه ان شاء الله تعالى ولا قسامة فى قتيل يوجد فى السجن لانعدام الملك ويد الخصوص لانه لا تصرف لاهل السجن فى السجن لكونهم مقهورين فيه وتجب الدية على بيت المال لان يد العموم ثابتة عليه ولان منفعة السجن لعامة المسلمين لانه بنى لاستيفاء حقوقهم ودفع الضرر عنهم ويد العموم توجب الدية لا القسامة وهذا قولهما وقال أبو يوسف رحمه الله تجب القسامة والدية على أهل السجن لان لهم ضرب تصرف فى السجن فكأن لهم يدا على السجن فعليهم حفظه (ومنها) ان لا يكون القتيل ملكا لصاحب الملك الذى وجد فيه فلا قسامة ولا دية فى قن أو مدبر او أم ولد او مكاتب أو مأذون وجد قتيلا فى دار مولاه لانه ملكه ووجوده فى داره قتيلا كمباشرة القتل منه وقتل المملوك لا يتعلق به ضمان الا ان فى المكاتب تجب على المولى قيمته لانه فيما يرجع الى كسبه وارشه جنايته حر فكان كسبه وارشه له والمولى فيه كالاجنبى ولا تعقله العاقلة لانه اذا صار مضمونا بعقد الكتابة والعقد ثبت فى حق المولى والمكاتب لا فى حق العاقلة وفى المأذون عليه قيمته لغرمائه ان كان له دين لتعلق حق الغرماء بماليته وقد استهلك حقهم بالقتل باستهلاك محل الحق فيجب عليه قيمته لغرمائه وتكون حالة فى ماله لان هذا ليس ضمان النفس لان نفسه ملك المولى بل هذا ضمان المال لتعلق الغرماء بماليته فكان هذا ضمان الاستهلاك فتكون فى ماله حالة لا مؤجلة كما لو استهلكه بالاعتاق وان لم يكن عليه دين لا شئ فيه وكذلك ان قتله عمدا وكذلك لو كان العبد جنى جناية ثم وجد قتيلا فى دار مولاه فعلى المولى قيمته حالة وكذلك ان قتله خطأ وهو لا يعلم بجنايته لما قلنا ولو وجد العبد الرهن قتيلا فى دار الراهن أو المرتهن فان وجد قتيلا فى دار الراهن فلا قسامة والقيمة على رب الدار دون العاقلة لانه ملكه وقتل الانسان ملك نفسه لا يوجب الضمان عليه وانما وجب الضمان بعقد الرهن والعقد ثبت فى حق الراهن والمرتهن لا فى حق العاقلة فلا يلزم حكمه العاقلة وان وجد فى دار المرتهن فالقسامة والقيمة على عاقلته لان هذا الضمان لا يجب بالعقد وانما يجب بالجناية لان وجوده فى داره قتيلا كمباشرة القتل منه كعبد ليس برهن وجد فى داره قتيلا وثمة القسامة والقيمة عليه كذا ههنا (وأما) بيان سبب وجوب القسامة والدية فنقول سبب وجوبهما هو التقصير فى النصرة وحفظ الموضع الذى وجد فيه القتيل ممن وجب عليه النصرة والحفظ لانه اذا وجب عليه الحفظ فلم يحفظ مع القدرة على الحفظ صار مقصرا بترك الحفظ الواجب فيؤاخذ بالتقصير زجرا عن ذلك وحملا على تحصيل الواجب وكل من كان أخص بالنصرة والحفظ كان أولى بتحمل القسامة والدية لانه أولى بالحفظ فكان التقصير منه أبلغ ولانه اذا اختص بالموضع ملكا أو يدا بالتصرف كانت منفعته له فكانت النصرة عليه اذ الخراج بالضمان على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال تبارك وتعالى لها ما كسبت وعليها ما اكتسبت ولان القتيل اذا وجد فى موضع اختص به واحد او جماعة اما بالملك أو باليد وهو التصرف فيه فيتهمون انهم قتلوه فالشرع ألزمهم القسامة دفعا للتهمة

والدية لوجود القتيل بين أظهرهم والى هذا المعنى أشار سيدنا عمر رضى الله تعالى عنه حين قيل أنبذل أموالنا وأيماننا فقال أما أيمانكم فلحقن دمائكم وأما أموالكم فلوجود القتيل بين أظهركم واذا عرف هذا فنقول القتيل اذا وجد فى المحلة فالقسامة والدية على أهل المحلة للاحاديث واجماع الصحابة رضى الله عنهم على ماذكرنا ولان حفظ المحلة عليهم ونفع ولاية التصرف فى المحلة عائد اليهم وهم المتهمون فى قتله فكانت القسامة والدية عليهم وكذا اذا وجد فى مسجد المحلة أو فى طريق المحلة لما قلنا فيحلف منهم خمسون فان لم يكمل العدد خمسين رجلا تكرر الايمان عليهم حتى تكمل خمسين يمينا لما روى عن سيدنا عمر رضى الله تعالى عنه انه حلف رجال القسامة فكانوا تسعة وأربعين رجلا فأخذ منهم واحدا وكرر عليه اليمين حتى كملت خمسين يمينا وكان ذلك بمحضر الصحابة رضى الله عنهم ولم ينقل انه خالفه أحد فيكون اجماعا ولان هذه الايمان حق ولى القتيل فله أن يستوفيها ممن يمكن استيفاؤها منه فان أمكن الاستيفاء من عدد الرجال الخمسين استوفى وان لم يمكن يستوفى عدد الايمان التى هى حقه وان كان العدد كاملا فاراد الولى أن يكرر الايمان على بعضهم ليس له ذلك كذا ذكر محمد رحمه الله لان موضوع هذه الايمان على عدد الخمسين فى الاصل لا على واحد وانما التكرار على واحد لضرورة نقصان العدد ولا ضرورة عند الكمال وان كان فى المحلة قبائل شتى فان كان فيها أهل الخطة والمشترون فالقسامة والدية على أهل الخطة ما بقى منهم واحد فى قول أبى حنيفة ومحمد عليهما الرحمة وقال أبو يوسف رحمه الله عليهم وعلى المشترين جميعا (وجه) قوله ان الوجوب على أهل الخطة باعتبار الملك والملك ثابت للمشترين ولهذا اذا لم يكن من أهل الخطة أحد كانت القسامة على المشترين (وجه) قولهما ان أهل الخطة أصول فى الملك لان ابتداء الملك ثبت لهم وانما انتقل عنهم الى المشترين فكانوا أخص بنصرة المحلة وحفظها من المشترين فكانوا أولى بايجاب القسامة والدية عليهم وكان المشترى بينهم كالاجنبى ما بقى واحد منهم لا ينتقل الى المشترى وقيل أن أبا حنيفة بنى الجواب على ما شاهد بالكوفة وكان تدبير أمر المحلة فيها الى أهل الخطة وأبو يوسف رأى التدبير الى الاشراف من أهل المحلة كانوا من أهل الخطة أولا فبنى الجواب على ذلك فعلى هذا لم يكن بينهما خلاف فى الحقيقة لان كل واحد منهما عول على معنى الحفظ والنصرة فان فقد أهل الخطة وكان فى المحلة ملاك وسكان فالدية على الملاك لا على السكان عند أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف عليهم جميعا له ما روى أن رسول الله عليه الصلاة والسلام أوجب القسامة على أهل خيبر وكانوا سكانا ولان للساكن اختصاصا بالدار يدا كما ان للمالك اختصاصا بها ملكا ويد الخصوص تكفى لوجوب القسامة (وجه) قولهما أن المالك أخص بحفظ الموضع ونصرته من السكان لان اختصاصه اختصاص ملك وانه أقوى من اختصاص اليد ألا يرى أن السكان يسكنون زمانا ثم ينتقلون وأما ايجاب القسامة على يهود خيبر فممنوع انهم كانوا سكانا بل كانوا ملاكا فانه روى أنه عليه الصلاة والسلام أقرهم على املاكهم ووضع الجزية على رؤسهم وما كان يؤخذ منهم كان يؤخذ على وجه الجزية لا على سبيل الاجرة ولو وجد قتيل فى سفينة فان لم يكن معهم ركاب فالقسامة والدية على أرباب السفينة وعلى من بيدها ممن يملكها أو لا يملكها وان كان معهم فيها ركاب فعليهم جميعا وهذا فى الظاهر يؤيد قول أبى يوسف فى ايجابه القسامة والدية على الملاك والسكان جميعا وأبو حنيفة ومحمد رحمهما الله يفرقان بين السفينة والمحلة لان السفينة تنقل وتحول من مكان الى مكان فتعتبر فيها اليد دون الملك كالدابة اذا وجد عليها قتيل بخلاف الدار فانها لا تحتمل النقل والتحويل فيعتبر فيها الملك والتحويل ما أمكن لا اليد وكذلك العجلة حكمها حكم السفينة لانها تنقل وتحول ولو وجد القتيل معه رجل يحمله على ظهره فعليه القسامة والدية لان القتيل فى يده ولو وجد جريح معه به رمق يحمله حتى أتى به أهله فمكث يوما أو يومين ثم مات لا يضمن عند أبى يوسف وقال أبو يوسف وفى قياس قول أبى حنيفة رضى الله عنه يضمن (وجه) القياس أن الحامل قد ثبتت يده عليه مجروحا فاذا مات من الجرح فكأنه مات فى يده وهذا تفريع على من جرح فى قبيلة فتحامل الى قبيلة أخرى

فمات فيهم وقد ذكرناه فيما تقدم وكذلك اذا كان على دابة ولها سائق أو قائد أو عليها راكب فعليه القسامة والدية لانه فى يده وان اجتمع السائق والقائد والراكب فعليهم جميعا لان القتيل فى أيديهم فصار كانه وجد فى دارهم وان وجد على دابة لا سائق لها ولا قائد ولا راكب عليها فان كان ذلك الموضع ملكا لاحد فالقسامة والدية على المالك وان كان لا مالك له فعلى أقرب المواضع اليه من حيث يسمع الصوت من الامصار والقرى وان كان بحيث لا يسمع فهو هدر لما قلنا فيما تقدم فان وجدت الدابة فى محلة فعلى أهل تلك المحلة وكذلك اذا وجد فى فلاة من الارض أنه ينظر ان كان ذلك المكان الذى وجد فيه ملكا لانسان فالقسامة والدية عليه وان لم يكن له مالك فعلى أقرب المواضع اليه من الامصار والقرى اذا كانت بحيث يبلغ الصوت منها اليه فان كان بحيث لا يبلغ فهو هدر لما قلنا وذكر فى الاصل فى قتيل وجد بين قريتين انه يضاف الى أقربهما لما روى عن أبى سعيد الخدرى رضى الله عنه أن النبى عليه الصلاة والسلام أمر بان يوزع بين قريتين فى قتيل وجد بينهما وكذا روى عن سيدنا عمر رضى الله عنه فى قتيل وجد بين وادعة وأرحب وكتب اليه عامله بذلك فكتب اليه سيدنا عمر رضى الله عنه ان قس بين القريتين فايهما كان أقرب فالزمهم فوجد القتيل الى وادعة أقرب فالزموا القسامة والدية وذلك كله محمول على ما اذا كان بحيث يبلغ الصوت الى الموضع الذى وجد فيه القتيل كذا ذكر محمد فى الاصل حكاه الكرخى رحمه الله والفقه ما ذكرنا فيما تقدم وكذا اذا وجد بين سكتين فالقسامة والدية على أقربهما فان وجد فى المعسكر فى فلاة من الارض فان كانت الارض التى وجد فيها لها ارباب فالقسامة والدية على أرباب الارض لانهم أخص بنصرة الموضع وحفظه فكانوا أولى بايجاب القسامة والدية عليهم وهذا على أصلهما لان المعسكر كالسكان والقسامة على الملاك لا على السكان على أصلهما (فأما) على أصل أبى يوسف رحمه الله فالقسامة والدية عليهم جميعا وان لم يكن فى ملك أحد بان وجد فى خباء أو فسطاط فعلى من يسكن الخباء والفسطاط وعلى عواقلهم القسامة والدية لان صاحب الخيمة خص بموضع الخيمة من أهل العسكر بمنزلة صاحب الدار مع أهل المحلة ثم القسامة على صاحب الدار اذا وجد فيها قتيل لا على أهل المحلة كذا ههنا وان وجد خارجا من الفسطاط والخباء فعلى أقرب الاخبية والفساطيط منهم القسامة والدية كذا ذكر فى ظاهر الرواية لان الاقرب أولى بايجاب القسامة والدية لما ذكرنا وعن أبى حنيفة رضى الله عنه اذا وجد بين الخيام فالقسامة والدية على جماعتهم كالقتيل يوجد فى المحلة جعل الخيام المحمولة كالمحلة على هذه الرواية هذا اذا لم يكن العسكر لقوا عدوا فان كانوا قد لقوا عدوا فاقتتلوا فلا قسامة ولا دية فى قتيل يوجد بين أظهرهم لانهم اذا لقوا عدوا وقاتلوا فالظاهر ان العدو قتله لا المسلمون اذ المسلمون لا يقتل بعضهم بعضا ولو وجد قتيل فى أرض رجل الى جانب قرية ليس صاحب الارض من أهل القرية فالقسامة والدية على صاحب الارض لا على أهل القرية لان صاحب الارض أخص بنصرة أرضه وحفظها من أهل القرية فكان أولى بايجاب القسامة والدية عليه كصاحب الدار مع أهل المحلة ولو وجد قتيل فى دار انسان وصاحب الدار من أهل القسامة فالقسامة والدية على صاحب الدار وعلى عاقلته كذا ذكر فى الاصل ولم يفصل بين ما اذا كانت العاقلة حضورا أو غيبا وذكر فى اختلاف زفر و يعقوب رحمهما الله أن القسامة على رب الدار وعلى عاقلته حضورا كانوا أو غيبا وقال أبو يوسف رحمه الله لا قسامة على العاقل هكذا ذكر فيه وقال الكرخى رحمه الله ان كانت العاقلة حضورا فى المصر دخلوا فى القسامة وان كانت غائبة فالقسامة على صاحب الدار تكرر عليه الايمان والدية عليه وعلى عاقلته أما دخول العاقلة فى القسامة اذا كانوا حضورا فهو قولهما وظاهر قول أبى يوسف لا قسامة على العاقلة يقتضى أن لا يدخلوا فى القسامة (وجه) قول زفر رحمه الله انه لما لزمتهم الدية لزمتهم القسامة كاهل المحلة ولابى يوسف أن صاحب الدار أخص بالنصرة و بالولاية والتهمة فلا يشاركه العاقلة كما لا يشارك أهل المحلة غيرهم (وجه) قولهما أن العاقلة اذا كانوا حضورا يلزمهم حفظ الدار ونصرتها كما يلزم صاحب الدار وكذا يتهمون بالقتل كما يتهم صاحب الدار فقد شاركوه فى سبب وجوب القسامة

فيشاركونه

فيشاركونه فى القسامة أيضاً وبهذا يقع الفرق بين حال الحضور والغيبة على ماذكره الكرخى رحمه الله لان معنى التهمة ظاهر الانتفاء من الغيب وكذا معنى النصرة لانه لا يلحق ذلك الموضع نصرة من جهتهم الا أنه تجب عليهم الدية لان وجوب الدية على العاقلة لا يتعلق بالتهمة فانهم يتحملون عن القاتل المعين اذا كان صبيا أومجنونا أوخاطئاً وسواء كانت الدار فيها ساكن أوكانت مفرغة مغلقة فوجد فيها قتيل فعلى رب الدار وعلى عاقلته القسامة والدية أما على أصل أبى حنيفة ومحمد رضى الله عنهما فظاهر لانهما يعتبران الملك دون السكنى فكان وجود السكنى فيها والعدم بمنزلة واحدة (وأما) أبو يوسف رحمه الله فانما يوجب على الساكن لاختصاصه بالدار يدا ولم يوجد ههنا وسواء كان الملك الذى وجد فيه القتيل خاصا أومشتركا فالقسامة والدية على أرباب الملك لما قلنا وسواء اتفق قدر انصباء الشركاء أواختلف فالقسامة والدية بينهم بالسوية حتى لو كانت الدار بين رجلين لاحدهما الثلثان وللآخر الثلث فالقسامة عليهما وعلى عاقلتهما نصفان ويعتبر فى ذلك عدد الرؤس لاقدر الانصباء كما فى الشفعة لان حفظ الدار واجب على كل واحد منهما والحفظ لا يختلف ولهذا تساويا فى استحقاق الشفعة لان الاستحقاق لدفع ضرر الدخيل وانه لا يختلف باختلاف قدر الملك وذكر فى الجامع الصغير فيمن باع دارا ووجد فيها قتيل قبل أن يقبضها المشترى أن القسامة والدية على البائع اذا لم يكن فى البيع خيار فان كان فيه خيار فعلى من الدار فى يده فى قول أبى حنيفة وعند أبى يوسف ومحمد الدية على مالك الدار ان لم يكن فى البيع خيار فان كان فيه خيار فعلى من تصير الدار له وعند زفر رحمه الله الدية على المشترى الا أن يكون للبائع خيار فتكون الدية عليه (وجه) قول زفر أن الملك للمشترى اذا لم يكن فيه خيار وكذا اذا كان الخيار للمشترى لان خيار المشترى لا يمنع دخول المبيع فى ملكه عنده فاذا كان الخيار للبائع فالملك له لان خياره يمنع زوال المبيع عن ملكه بلا خلاف (وجه) قولهما انه اذا لم يكن فيه خيار فالملك للمشترى وانما للبائع صورة يد من غير تصرف وصورة اليد لا مدخل لها فى القسامة كيد المودع فكانت القسامة والدية على المشترى واذا كان فيه خيار فعلى من تصير الدار له لانها اذا صارت للبائع فقد انفسخ البيع وجعل كانه لم يكن وان صارت للمشترى فقد انبرم البيع وتبين انه ملكها بالعقد من حين وجوده (وأما) تصحيح مذهب أبى حنيفة رضى الله عنه فمشكل من حيث الظاهر لانه يعتبر الملك فيما يحتمل النقل والتحويل لا اليد وان كانت اليد يد تصرف كيد الساكن والثابت للبائع صورة يد من غير تصرف فأولى ان لا يعتبره لكن لا اشكال فى الحقيقة لان الوجوب بترك الحفظ والحفظ باليد حقيقة الا أنه يضاف الحفظ الى الملك لان استحقاق اليد به عادة فيقام مقام اليد فكانت الاضافة الى ما به حقيقة الحفظ أولى الا أن مطلق اليد لا يعتبر بل اليد المستحقة بالملك وهذه يد مستحقة بالملك بخلاف يد الساكن واذا وجد رجل قتيلا فى دار نفسه فالقسامة والدية على عاقلته لورثته فى قول أبى حنيفة رضى الله عنه وفى قولهما رحمهما الله لا شئ فيه وهو قول زفر والحسن بن زياد رحمهم الله وروى عن أبى حنيفة رحمه الله مثل قولهم (وجه) قولهم أن القتل صادفه والدار ملكه وانما صار ملك الورثة عند الموت والموت ليس بقتل لان القتل فعل القاتل ولا صنع لاحد فى الموت بل هو من صنع الله تبارك وتعالى فلم يقتل فى ملك الورثة فلا سبيل الى ايجاب الضمان على الورثة وعواقلهم ولان وجوده قتيلا فى دار نفسه بمنزلة مباشرة القتل بنفسه كانه قتل نفسه بنفسه فيكون هدراً ولابى حنيفة رضى الله عنه ان المعتبر فى القسامة وقت ظهور القتيل لا وقت وجود القتل بدليل أن من مات قبل ذلك لا يدخل فى الدية والدار وقت ظهور القتيل لورثته فكانت القسامة والدية عليهم وعلى عواقلهم تجب كما لو وجد قتيلا فى دار ابنه فان قيل كيف تجب الدية عليهم وعلى عواقلهم وان الدية تجب لهم فكيف تجب لهم وعليهم وكذا عاقلتهم تتحمل عنهم لهم أيضا وفيه ايجاب لهم أيضا وعليهم وهذا ممتنع فالجواب ممنوع أن الدية تجب لهم بل للقتيل لانها بدل نفسه فتكون له بدليل أنه يجهز منها وتقضى منها ديونه وتنفذ منها وصاياه ثم ما فضل عن حاجته تستحقه ورثته لاستغناء الميت عنه والورثة أقرب الناس اليه وصار كما لو وجد الاب قتيلا فى دار ابنه أوفى بئر حفرها ابنه أليس أنه تجب القسامة والدية على الابن وعلى عاقلته ولا

يمتنع ذلك لما قلنا كذا هذا وان اعتبرنا وقت وجود القتل فهو ممكن أيضا لانه تجب على عاقلته لتقصيرهم فى حفظ الدار فتجب عليهم الدية حقا للمقتول ثم تنتقل منه الى ورثته عند فراغه عن حاجته وذكر محمد اذا وجد ابن الرجل أو أخوه قتيلا فى داره أن على عاقلته دية ابنه ودية أخيه وان كان هو وارثه لما قلنا أن وجود القتيل فى الدار كمباشرة صاحبها القتل فيلزم عاقلته ذلك للمقتول ثم يستحقها صاحب الدار بالارث ولو وجد مكاتب قتيلا فى دار نفسه فدمه هدر لان داره فى وقت ظهور القتيل ليست لورثته بل هى على حكم ملك نفسه الى أن يؤدى بدل الكتابة فصار كانه قتل نفسه فهدر دمه رجلان كانا فى بيت ليس معهما ثالث وجد أحدهما مذبوحا قال أبو يوسف يضمن الآخر الدية وقال محمد لا ضمان عليه (وجه) قوله أنه يحتمل أنه قتله صاحبه ويحتمل أنه قتل نفسه فلا يجب الضمان بالشك ولابى يوسف أن الظاهر أنه قتله صاحبه لان الانسان لا يقتل نفسه ظاهرا وغالبا واحتمال خلاف الظاهر ملحق بالعدم ألا ترى أن مثل هذا الاحتمال ثابت فى قتيل المحلة ولم يعتبر

﴿ فصل ﴾ واما بيان من يدخل فى القسامة والدية بعد وجوبهما ومن لا يدخل فى ذلك فنقول وبالله التوفيق الصبى والمجنون لا يدخلان فى القسامة فى أى موضع وجد القتيل سواء وجد فى غير ملكهما أو فى ملكهما لان القسامة يمين وهما ليسا من أهل اليمين ولهذا لا يستحلفان فى سائر الدعاوى ولان القسامة تجب على من هو من أهل النصرة وهما ليسا من أهل النصرة فلا تجب القسامة عليهما وتجب على عاقلتهما اذا وجد القتيل فى ملكهما لتقصيرهم بترك النصرة اللازمة وهل يدخلان فى الدية مع العاقلة فان وجد القتيل فى غير ملكهما كالمحلة وملك انسان لا يدخلان فيها وان وجد فى ملكهما يدخلان لان وجود القتيل فى ملكهما كمباشرتهما القتل وهما مؤاخذان بضمان الافعال وعلى قياس ما ذكره الطحاوى رحمه الله لا يدخلان فى الدية مع العاقلة أصلا لكنه ليس بسديد لان هذا ضمان القتل والقتل فعل والصبى والمجنون مؤاخذان بافعالهما ولا يدخل العبد المحجور والمدبر وأم الولد فى القسامة والدية لان هؤلاء لا يستنصر بهم عادة وليسوا من أهل ملك المال أيضا فلا تلزمهم الدية وأما المأذون والمكاتب فلا يدخلان فى قسامة وجبت فى قتيل وجد فى غير دارهما وان وجد فى دارهما أما المأذون ان لم يكن عليه دين فلا قسامة عليه بل على مولاه وعاقلته استحسانا والقياس أن تجب عليه القسامة واذا حلف يخاطب المولى بالدفع أو الفداء (وجه) القياس أن العبد من أهل اليمين ألا ترى أنه يستحلف فى الدعاوى ووجود القتيل فى داره بمنزلة مباشرة القتل خطأ وان قتله خطأ يخير المولى بين الدفع والفداء كذا هذا وجه الاستحسان أن فائدة الاستحلاف جريان القسامة لسبب هو النكول لانه لا يقضى بالنكول فى هذا الباب بل يحبس حتى يحلف أو يقر ولو قر بالقتل خطأ لا يصح اقراره لانه اقرار على مولاه فلم يكن الاستحلاف مفيدا فلا تجب عليه القسامة وتجب على المولى وعلى عاقلته لان الملك له وان كان عليه دين فينبغى فى قياس قول أبى حنيفة أنه تجب القسامة على العبد لان المولى لا يملك كسب عبده المأذون المديون عنده فلا يملك الدار وفى الاستحسان تجب على المولى لان المولى ان كان لا يملكها فالغرماء لا يملكونها أيضا والعبد لا ملك له والمولى أقرب الناس اليه فكانت القسامة عليه مع ما أن للمولى حقا فى الدار وهو حق استخلاصها لنفسه بقضاء دين الغرماء فكان أولى بايجاب القسامة (وأما) المكاتب اذا وجد قتيلا فى داره فعليه الاقل من قيمته ومن الدية لان وجود القتيل فى داره كمباشرته القتل فلا يكون على مولاه كما لا يكون عليه فى مباشرته وهل تجب عليه القسامة ذكر القاضى فى شرحه مختصر الطحاوى أنه يكرر عليه الايمان فان حلف يجب عليه الاقل من قيمته ومن الدية الا قدر عشرة دراهم لان عاقلة المكاتب نفسه وتكون القيمة حالة لانها تجب بالمنع من الدفع فتكون حالة كما تجب على المولى بجناية المدبر ولو كان القتيل مولى المكاتب كان عليه الاقل من قيمته ومن الدية لان وجود القتيل فى داره كمباشرته القتل وتكون القيمة حالة لا مؤجلة لما قلنا ولا تدخل المرأة فى القسامة والدية فى قتيل يوجد فى غير ملكها لان وجوبهما بطريق النصرة وهى ليست من أهلها وان وجد فى دارها أو فى قرية لها لا يكون بها غيرها عليها القسامة فتستحلف

ويكرر

و يكرر عليها الايمان وهذا قولهما وقال أبو يوسف عليها الا على عاقلتها وجه قوله ان لزوم القسامة للزوم النصرة وهى ليست من أهل النصرة فلا تدخل فى القسامة ولهذا لم تدخل مع أهل المحلة (وجه) قولهما ان سبب الوجوب على المالك هو الملك مع أهلية القسامة وقد وجد فى حقها أما الملك فثابت لها وأما الاهلية فلان القسامة يمين وانها من أهل اليمين ألا يرى انها تستحلف فى سائر الحقوق ومعنى النصرة يراعى وجوده فى الجملة لا فى كل فرد كالمشقة فى السفر وهل تدخل مع العاقلة فى الدية ذكر الطحاوى ما يدل على انها لا تدخل فانه قال لا يدخل القاتل فى التحمل الا ان يكون ذكرا عاقلا بالغا فاذا لم تدخل عند وجود القتل منها عينا فههنا أولى وأصحابنا رضى الله عنهم قالوا ان المرأة تدخل مع العاقلة فى الدية فى هذه المسألة وأنكروا على الطحاوى قوله وقالوا ان القاتل يدخل فى الدية بكل حال و يدخل فى القسامة والدية الاعمى والمحدود فى القذف والكافر لانهم من أهل الاستحلاف والحفظ والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما ما يكون ابراء عن القسامة والدية فنوعان نص ودلالة أما النص فهو التصريح بلفظ الابراء وما يجرى مجراه كقوله أبرأت أو أسقطت أو عفوت ونحو ذلك لان ركن الابراء صدر ممن هو من أهل الابراء فى محل قابل للبراءة فيصح وأما الدلالة فهى ان يدعى ولى القتيل على رجل من غير أهل المحلة فيبرأ أهل المحلة عن القسامة والدية لان ظهور القتيل فى المحلة لم يدل على كون هذا المدعى عليه قاتلا فاقدام الولى على الدعوى عليه يكون نفيا للقتل عن أهل المحلة فيتضمن براءتهم عن القسامة والدية فان أقام البينة على المدعى عليه والا حلف فان حلف برئ وان نكل حبس حتى يحلف أو يقر فى قول أبى حنيفة رحمه الله (وعندهما) يقضى بالدية ولو شهد اثنان من أهل المحلة للولى بهذه الدعوى لا تقبل شهادتهما فى قول أبى حنيفة رحمه الله وعندهما تقبل (وجه) قولهما ان المانع من القبول قبل الدعوى كانت التهمة وقد زالت بالبراءة فلا معنى لرد الشهادة ولابى حنيفة رحمه الله انه تمكنت التهمة فى شهادتهم من وجهين أحدهما ان من الجائز انه ابرأهم ليتوسل بالابراء الى تصحيح شهادتهم والثانى انه أحسن اليهم بالابراء حيث أسقط القسامة والدية عنهم فمن الجائز انهم أرادوا بالمكافأة على ذلك والشهادة ترد بالتهمة من وجه واحد فمن وجهين أولى ولان أهل المحلة كانوا خصماء فى هذه الدعوى فلا تقبل شهادتهم وان خرجوا بالابراء عن الخصومة لان السبب الموجب لكونهم خصماء قائم وهو وجود القتيل فيهم كالوكيل بالخصومة اذا خاصم ثم عزل فشهد لا تقبل شهادته كذا هذا ولو ادعى ولى القتيل على رجل بعينه من أهل المحلة فالقسامة والدية بحالها فى ظاهر الرواية و روى عبد الله بن المبارك عن أبى حنيفة رضى الله عنه ان القسامة تسقط وكذا روى محمد وقال أبو يوسف القياس ان تسقط القسامة الا انا تركناه للاثر (وجه) رواية ابن المبارك رحمه الله ان تعيين الولى واحدا منهم ابراء عن الباقين دلالة فتسقط عنهم القسامة كما لو أبرأهم نصا (وجه) ظاهر الرواية ان القاتل أحد أهل المحلة ظاهرا والولى كذلك الا أنه عين وهو متهم فى التعيين فلا يعتبر تعيينه الا بالبينة فلا تعتبر حكم القسامة الا بها فان أقام البينة من غير أهل المحلة على دعواه يقضى بها فيجب القصاص فى العمد والدية فى الخطأ ولو شهد شاهدان من المحلة عليه لا تقبل شهادتهما على ظاهر الرواية عن أبى حنيفة رضى الله عنه لان الخصومة بعد هذه الدعوى قائمة فكان الشاهد خصما لانه يقطع الخصومة عن نفسه بشهادته ولا شهادة للخصم واذا لم تقبل شهادة أهل المحلة عليه ولم يقم بينة أخرى و بقيت القسامة على أهل المحلة على حالها يحلف المدعى عليه والشاهدان مع أهل المحلة حتى يكمل خمسون رجلا من أهل المحلة ثم كيف يستحلف الشهود مع أهل المحلة عندهما يحلفون بالله سبحانه وتعالى ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا غير فلان وعند أبى يوسف يحلفون بالله جل شأنه ما قتلناه ولا يزادون على ذلك لان عندهم ان المشهود عليه قاتل فلا سبيل الى استحلافهم على العلم وما قاله أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله أولى لان فيما قالا مراعاة موضوع القسامة وهو الجمع بين اليمين على البتات والعلم بالقدر الممكن فيما وراء المستثنى وفيما قاله أبو يوسف ترك اليمين على العلم أصلا فكان ما لا قاه

أولى ولو ادعى أهل تلك المحلة على رجل منهم أو من غيرهم تصح دعواهم فان أقاموا البينة على ذلك الرجل يجب القصاص فى العمد والدية فى الخطأ ان وافقهم الاولياء فى الدعوى على ذلك الرجل وان لم يوافقوهم فى الدعوى عليه لا يجب عليه شىء لان الاولياء قد أبرؤه حيث أنكروا وجود القتل منه ولا يجب على أهل المحلة أيضا شىء لانهم أثبتوا القتل على غيرهم وان لم يقم لهم البينة وحلف ذلك الرجل تجب القسامة على أهل المحلة ثم كيف يحلفون فهو على الاختلاف الذى ذكرنا والله سبحانه وتعالى الموفق

﴿فصل﴾ وأما الجناية على مادون النفس مطلقا فالكلام فى هذه الجناية يقع فى موضعين أحدهما فى بيان أنواعها والثانى فى بيان حكم كل نوع منها أما الاول فالجناية على مادون النفس مطلقا أنواع أربعة أحدها ابانة الاطراف وما يجرى مجرى الاطراف والثانى اذهاب معانى الاطراف مع ابقاء أعيانها والثالث الشجاج والرابع الجراح أما النوع الاول فقطع اليد والرجل والاصبع والظفر والانف واللسان والذكر والانثيين والاذن والشفة وفقء العينين وقطع الاشفار والاجفان وقلع الاسنان وكسرها وحلق شعر الرأس واللحية والحاجبين والشارب وأما النوع الثانى فتفويت السمع والبصر والشم والذوق والكلام والجماع والايلاد والبطش والمشى وتغير لون السن الى السواد والحمرة والخضرة ونحوها مع قيام المحال الذى تقوم بها هذه المعانى ويلحق بهذا الفصل اذهاب العقل وأما النوع الثالث فالشجاج احد عشر أولها. الخارصة. ثم الدامعة . ثم الدامية . ثم الباضعة . ثم المتلاحمة . ثم السمحاق ثم الموضحة ثم الهاشمة . ثم المنقلة . ثم الآمة . ثم الدامغة .. (فالخارصة) هى التى تخرص الجلد أى تشقه ولا يظهر منها الدم والدامعة هى التى يظهر منها الدم ولا يسيل كالدمع فى العين والدامية هى التى يسيل منها الدم والباضعة هى التى تبضع اللحم أى تقطعه والمتلاحمة هى التى تذهب فى اللحم أكثر مما تذهب الباضعة فيه هكذا روى أبو يوسف وقال محمد المتلاحمة قبل الباضعة وهى التى يتلاحم منها الدم ويسود والسمحاق اسم لتلك الجلدة الا ان الجراحة سميت بها والموضحة التى تقطع السمحاق وتوضح العظم أى تظهره والهاشمة هى التى تهشم العظم أى تكسره والمنقلة هى التى تنقل العظم بعد الكسر أى تحوله من موضع الى موضع والآمة هى التى تصل الى أم الدماغ وهى جلدة تحت العظم فوق الدماغ والدامغة هى التى تخرق تلك الجلدة وتصل الى الدماغ فهذه إحدى عشر شجة ومحمد ذكر الشجاج تسعا ولم يذكر الخارصة ولا الدامغة لان الخارصة لا يبقى لها أثر عادة والشجة التى لا يبقى لها أثر لا حكم لها فى الشرع والدامغة لا يعيش الانسان معها عادة بل تصير نفسا ظاهراً وغالباً فتخرج من ان تكون شجة فلا معنى لبيان حكم الشجة فيها لذلك ترك محمد ذكرهما والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) النوع الرابع فالجراح نوعان جائفة وغير جائفة فالجائفة هى التى تصل الى الجوف والمواضع التى تنفذ الجراحة منها الى الجوف هى الصدر والظهر والبطن والجنبان وما بين الانثيين والدبر ولا تكون فى اليدين والرجلين ولا فى الرقبة والحلق جائفة لانه لا يصل الى الجوف وروى عن أبى يوسف ان ما وصل من الرقبة الى الموضع الذى لو وصل اليه من الشراب قطرة يكون جائفة لانه لا يقطر الا اذا وصل الى الجوف ولا تكون الشجة الا فى الرأس والوجه وفى مواضع العظم مثل الجبهة والوجنتين والصدغين والذقن دون الخدين ولا تكون الآمة الا فى الرأس والوجه وفى الموضع الذى تتخلص منه الى الدماغ ولا يثبت حكم هذه الجراحات الا فى هذه المواضع عند عامة العلماء رضى الله عنهم وقال بعض الناس يثبت حكم هذه الجراحات فى كل البدن وهذا غير سديد لان هذا القائل ان رجع فى ذلك الى اللغة فهو غلط لان العرب تفصل بين الشجة وبين مطلق الجراحة فتسمى ما كان فى الرأس والوجه فى مواضع العظم منها شجة وما كان فى سائر البدن جراحة فتسمية الكل شجة يكون غلطا فى اللغة وان رجع فيه الى المعنى فهو خطأ لان حكم هذه الشجاج يثبت للشين الذى يلحق المشجوج ببقاء أثرها بدليل أنها لو برأت ولم يبق لها أثر لم يجب بها ارش والشين انما يلحق فيما يظهر فى البدن وذلك هو الوجه والرأس وأما ما سواهما فلا يظهر بل يغطى عادة فلا يلحق الشين فيه مثل ما يلحق فى الوجه والرأس

والله

والله سبحانه وتعالى الموفق

﴿فصل﴾ وأما أحكام هذه الانواع فهذه الانواع مختلفة الاحكام (منها) ما يجب فيه القصاص ومنها ما يجب فيه دية كاملة ومنها ما يجب فيه ارش مقدر (ومنها) ما يجب فيه ارش غير مقدر (أما) الذى فيه القصاص فهو الذى استجمع شرائط الوجوب فيقع الكلام فى موضعين (أحدهما) فى بيان شرائط وجوب القصاص (والثانى) فى بيان وقت الحكم بالقصاص (أما) الاول فنقول شرائط وجوب القصاص أنواع (بعضها) يعم النفس ومادونها وبعضها يخص مادون النفس (أما) الشرائط العامة فاذ كرنا فى بيان شرائط وجوب القصاص فى النفس من كون الجانى عاقلا بالغاً متعمداً مختارا وكون المجنى عليه معصوما مطلقا لا يكون جزء الجانى ولا ملكه وكون الجناية حاصلة على طريق المباشرة لما ذكرنا من الدلائل (وأما) الشرائط التى تخص الجناية فيما دون النفس فمنها المماثلة بين المحلين فى المنافع والفعلين و بين الارشين لان المماثلة فيما دون النفس معتبرة بالقدر الممكن فانعدامها يمنع وجوب القصاص والدليل على ان المماثلة فيما دون النفس معتبرة شرعا النص والمعقول (أما) النص فقوله تبارك وتعالى وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين الى قوله تعالى جل شأنه والجروح قصاص فان قيل ليس فى كتاب الله تبارك وتعالى بيان حكم مادون النفس لا فى هذه الآية الشريفة وانه اخبار عن حكم التوراة فيكون شريعة من قبلنا وشريعة من قبلنا لا تلزمنا (فالجواب) ان من القراء المعروفين من ابتدأ الكلام من قوله عز شأنه والعين بالعين بالرفع الى قوله تبارك وتعالى فمن تصدق به على ابتداء الايجاب لا على الاخبار عما فى التوراة فكان هذا شريعتنا لا شريعة من قبلنا على ان هذا ان كان اخبارا عن شريعة التوراة لكن لم يثبت نسخه بكتابنا ولا بسنة رسولنا صلى الله عليه وسلم فيصير شريعة لنبينا صلى الله عليه وسلم مبتدأة فيلزمنا العمل به على انه شريعة رسولنا صلى الله عليه وسلم لا على انه شريعة من قبله من الرسل على ما عرف فى أصول الفقه الا انه لم يذكر وجوب القصاص فى اليد والرجل نصا لكن الايجاب فى العين والانف والاذن والسن ايجاب فى اليد والرجل دلالة لانه لا ينتفع بالمذكور من السمع والبصر والشم والسن الا صاحبه (ويجوز) ان ينتفع باليد والرجل غير صاحبهما فكان الايجاب فى العضو المنتفع به فى حقه على الخصوص ايجابا فيما هو منتفع به فى حقه وفى حق غيره من طريق الاولى فكان ذكر هذه الاعضاء ذكراً لليد والرجل بطريق الدلالة له كما فى التأفف مع الضرب فى الشتم على ان فى كتابنا حكم مادون النفس قال الله فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم وقال الله تعالى عز شأنه وان عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به وأحق ما يعمل فيه بهاتين الآيتين مادون النفس (وقال) تبارك وتعالى من عمل سيئة فلا يجزى الا مثلها ونحو ذلك من الآيات (وأما) المعقول فهو ان مادون النفس له حكم الاموال لانه خلق وقاية للنفس كالاموال ألا ترى انه يستوفى فى الحل والحرم كما يستوفى المال وكذا الوصى يلى استيفاء مادون النفس للصغير كما يلى استيفاء ماله فتعتبر فيه المماثلة كما تعتبر فى اتلاف الاموال (ومنها) ان يكون المثل ممكن الاستيفاء لان استيفاء المثل بدون امكان استيفائه ممتنع فيمتنع وجوب الاستيفاء ضرورة ويبتنى على هذين الاصلين مسائل (فنقول) وبالله تعالى التوفيق لا يؤخذ شىء من الاصل الا بمثله فلا تؤخذ اليد الا باليد لان غير اليد ليس من جنسها فلم يكن مثلا لها اذ التجانس شرط للمماثلة (وكذا) الرجل والاصبع والعين والانف ونحوها لما قلنا (وكذا) الابهام لا تؤخذ الا بالابهام ولا السبابة الا بالسبابة ولا الوسطى الا بالوسطى ولا البنصر الا بالبنصر ولا الخنصر الا بالخنصر لان منافع الاصابع مختلفة فكانت كالاجناس المختلفة وكذلك لا تؤخذ اليد اليمين الا باليمين ولا اليسرى الا باليسرى لان لليمين فضلا على اليسار ولذلك سميت يمينا وكذلك الرجل وكذلك أصابع اليدين والرجلين لا تؤخذ اليمين منها الا باليمين ولا اليسرى الا باليسرى وكذلك الاعين لما قلنا وكذلك الاسنان لا تؤخذ الثنية الا بالثنية ولا الناب الا بالناب ولا الضرس الا بالضرس لاختلاف منافعها فان بعضها قواطع وبعضها طواحن و بعضها ضواحك واختلاف المنفعة بين الشيئين يلحقهما بجنسين ولا مماثلة عند اختلاف الجنس وكذا لا يؤخذ الاعلى منها بالاسفل ولا الاسفل

بالاعلى لتفاوت بين الاعلى والاسفل فى المنفعة ولا يؤخذ الصحيح من الاطراف الا بالصحيح منها فلا تقطع اليد
الصحيحة ولا كاملة الاصابع بناقصة الاصابع أومفصل من الاصابع وكذلك الرجل والاصبع وغيرها لعدم
المماثلة بين الصحيح والمعيب وان كان العيب فى طرف الجانى فالمجنى عليه بالخيار ان شاء اقتص وان شاء أخذ ارش
الصحيح لان حقه فى المثل وهو السليم ولا يمكنه استيفاء حقه من كل وجه مع فوات صفة السلامة وأمكنه
الاستيفاء من وجه ولا سبيل الى الزام الاستيفاء حتما لما فيه من الزام استيفاء حقه ناقصاً وهذا لا يجوز فيخير ان
شاء رضى بقدر حقه واستوفاه ناقصاً وان شاء عدل الى بدل حقه وهو كمال الارش كمن أتلف على انسان شيئاً له
مثل والمتلف جيد فانقطع عن أيدى الناس ولم يبق منه الا الردىء ان صاحب الحق يكون بالخيار ان شاء أخذ
الموجود ناقصاً وان شاء عدل الى قيمة الجيد لما قلنا كذا هذا (ولو أراد) المجنى عليه ان يأخذه ويضمنه النقصان هل
له ذلك قال أصحابنا رحمهم الله تعالى ليس له ذلك (وقال) الشافعى له ذلك قوله ان حقه فى المثل ولا يمكنه استيفاؤه من
هذه اليد من كل وجه فيستوفى حقه منها بقدر ما يمكن ويضمنه الباقى كما لو أتلف على آخر شيئاً من المثليات فانقطع
عن أيدى الناس الا قدر بعض حقه انه يأخذ القدر الموجود من المتلف ويضمنه الباقى كذا هذا (ولنا) انه قادر على
استيفاء اصل حقه وانما الفائت هو الوصف وهو صفة السلامة فاذا رضى باستيفاء أصل حقه ناقصاً كان ذلك رضا
منه بسقوط حقه عن الصفة كما لو أتلف شيئاً من ذوات الامثال وهو جيد فانقطع عن أيدى الناس نوع الجيد ولا
يوجد الا الردىء منه انه ليس له الا ان يأخذه أو قيمة الجيد كذلك هذا بخلاف ما ذكره من المسألة لان هناك حق
المتلف عليه متعلق بمثل المتلف بكل جزء من أجزائه صورة ومعنى فكان له ان يستوفى الموجود ويأخذ قيمة الباقى
وههنا حق المجنى عليه لم يتعلق الا بالقطع من المفصل دون الاصابع بدليل انه لو أراد ان يقطع الاصابع ويبرأ عن
الكف ليس له ذلك فلم تكن الاصابع عين حقه ان كان البعض قطع الاصابع بان كانت جارية مجرى الصفة كالجودة
فى المكيل فلا يكون له ان يطالب بشئ آخر كما فى تلك المسألة (ولو) ذهبت الجارحة المعينة قبل ان يختار المجنى عليه
أخذها أو قطعها قاطع بطل حق المجنى عليه فى القصاص لفوات محله (وهل يجب) الارش على الجانى فالكلام فيه
كالكلام فيما اذا قطع يداً صحيحة وهو على التفصيل الذى ذكرنا فيما تقدم انها ان سقطت بآفة سماوية أو قطعت ظلما
لاشئ عليه ولو قطعت بحق من قصاص أو سرقة فعليه ارش اليد المقطوعة (وعند) الشافعى رحمه الله عليه الارش
فى الوجهين والكلام فيه راجع الى أصل وقد تقدم ذكره وهو ان موجب العمد القصاص عيناً عندنا فى النفس وما
دونه (وعنده) أحدهما غير عين فى قول وفى قول القصاص عيناً لكن مع حق العدول الى المال (وقد) ذكرنا هذا
الاصل بفروعه فى بيان حكم الجناية على النفس الا انه اذا كان القطع بحق يجب الارش لانه قضى بالطرف حقا
مستحقا عليه فصار كانه قائم وتعذر استيفاء القصاص لعذر الخطأ وغيره على ما مر ذكره واذا ثبت هذا فى الصحيحة
فنقول حق المجنى عليه كان متعلقا باليد المعينة بعينها وانما ينتقل عنها الى الارش عند اختياره فاذا لم يختر حتى هلكت
بقى حقه متعلقا باليد (فان قيل) أليس انه كان مخيرا بين القصاص والارش فاذا فات أحدهما تعين الآخر قيل لا بل
حقه كان فى اليد على التعيين الا ان له ان يعدل عنه الى بدله عند الاختيار فاذا هلك قبل الاختيار بقى حقه فى اليد فاذا
هلكت فقد بطل محل الحق فبطل الحق أصلا ورأسا والله تعالى عز وجل الموفق (ولو كانت) يد القاطع صحيحة
وقت القطع ثم شلت بعده فلا حق للمقطوع فى الارش لان حقه ثبت فى اليد عينا بالقطع فلا ينتقل الى الارش
بالنقصان كما اذا ذهب الكل بآفة سماوية انه يسقط حقه أصلا ولا ينتقل الى الارش لما قلنا كذا هذا ولا قصاص
الا فيما يقطع من المفاصل مفصل الزند أو مفصل المرفق أو مفصل الكتف فى اليد أو مفصل الكعب أو مفصل
الركبة أو مفصل الورك فى الرجل وما كان من غير المفاصل فلا قصاص فيه كما اذا قطع من الساعد أو العضد أو الساق
أو الفخذ لانه يمكن استيفاء المثل من المفاصل ولا يمكن من غيرها (وليس) فى لحم الساعد والعضد والساق والفخذ ولا

فى الالية قصاص ولا فى لحم الخدين ولحم الظهر والبطن ولا فى جلدة الرأس وجلدة اليدين اذا قطعت لتعذر استيفاء المثل ولا فى اللطمة والوكزة والوجأة والدقة لما قلنا ولا يؤخذ العدد بالعدد فما دون النفس مما يجب على أحدهما فيه القصاص لو انفرد كالاثنين اذا قطعا يد رجل أو رجله أو اصبعه أو أذهبا سمعه أو بصره أو قلعا سنا له أو نحو ذلك من الجوارح التى على الواحد منهما فيها القصاص لو انفرد به فلا قصاص عليهما وعليهما الارش نصفان وكذلك ما زاد على الثلاث من العدد فهو بمنزلة الاثنين ولا قصاص عليهم وعليهم الارش على عددهم بالسواء وهذا عندنا وعند الشافعى يجب القصاص عليهم وان كثروا كما فى النفس واحتج بما روى ان رجلين شهدا بين يدى سيدنا على رضى الله تعالى عنه على رجل بالسرقة فامر بقطع يده ثم جا آبا آخر وقالا أوهمنا انما السارق هذا يا أمير المؤمنين فقال سيدنا على رضى الله تعالى عنه لا أصدقكما على هذا وأغرمكما دية الاول ولو علمت انكما تعمدتما لقطعت أيديكما فقد اعتقد سيدنا على رضى الله تعالى عنه قطع اليدين بيد واحدة وانما قال ذلك بمحضر من الصحابة رضى الله تعالى عنهم ولم ينقل انه أنكر عليه أحد منهم فيكون اجماعا ولان اليد تابعة للنفس ثم الانفس تقتل بنفس واحدة فكذا الايدى تقطع بيد واحدة لان حكم التبع حكم الاصل (ولنا) ان المماثلة فيما دون النفس معتبرة لما ذكرنا من الدلائل ولا مماثلة بين الايدى ويد واحدة لا فى الذات ولا فى المنفعة ولا فى الفعل (أما) فى الذات فلا شك فيه لانه لا مماثلة بين العدد بين الفرد من حيث الذات بحققه انه لا تقطع الصحيحة بالشلاء والفائت هو المماثلة من حيث الوصف فقط ففوات المماثلة فى الوصف لما منع جريان القصاص ففواتها فى الذات أولى (وأما) فى المنفعة فلأن من المنافع ما لا يتأتى الا باليدين كالكتابة والخياطة ونحو ذلك وكذا منفعة اليدين أكثر من منفعة يد واحدة عادة (وأما) فى الفعل فلان الموجود من كل واحد منهما قطع بعض اليد كانه وضع أحدهما السكين من جانب والآخر من جانب آخر والجزاء قطع كل واحد من كل واحد منهما وقطع كل اليد أكثر من قطع بعض اليد وانعدام المماثلة من وجه تكفى لجريان القصاص كيف وقد انعدمت من وجوه وأما قول سيدنا على رضى الله عنه فلا حجة له فيه لانه انما قال ذلك على سبيل السياسة بدليل انه أضاف القطع الى نفسه وذا لا يكون الا بطريق السياسة والله سبحانه وتعالى أعلم (ولو قطع) رجل يمينى رجلين فقطع يمينه ثم ان حضرا جميعا فلهما ان يقطعا يمينه ويأخذا منه دية يد بينهما نصفين وهذا قول أصحابنا رحمهم الله وقال الشافعى رحمه الله اذا كان على التعاقب يقطع للاول ويغرم الدية للثانى كما قال فى القتل وان كان على الاجتماع يقرع بينهما فيقطع لمن خرجت قرعته ويغرم للآخر الدية كما قال فى النفس (وجه) قوله انه اذا قطع على الترتيب صارت يده حقا للاول فلا تصير حقا للثانى فتجب الدية للثانى واذا قطع اليدين على الاجتماع فقد صارت يده حقا لاحدهما غير عين وتتعين بالقرعة (ولنا) انهما استويا فى سبب استحقاق القصاص فيستويان فى الاستحقاق ودليل الوصف ان سبب الاستحقاق قطع اليد وقد وجد قطع اليد فى حق كل واحد منهما فيستحق كل واحد منهما قطع يده ولا يحصل من كل واحد منهما فى يد واحدة الا قطع بعضها فلم يستوف كل واحد منهما بالقطع الا بعض حقه فيستوفى الباقى من الارش ولان كل واحد منهما لما استوفى بعض حقه بقطع اليد صار القاطع قاضيا ببعض يده حقا مستحقا عليه فيجعل كأن يده قائمة وتعذر استيفاء القصاص لعذر فتجب الدية (وقوله) صارت يده حقا لمن له القصاص ممنوع فان ملك القصاص ليس ملك المحل بل هو ملك الفعل وهو اطلاق الاستيفاء لان حرية من عليه تمنع ثبوت الملك لانها تنبئ عن الخلوص والملك فى المحل بثبوت فيه فينافيه الخلوص (والدليل) عليه انه لو قطعت يده بغير حق ثابت كانت الدية له ولو صارت يده مملوكة لمن له القصاص لكانت الدية له دل ان ملك القصاص ليس هو ملك المحل بل ملك الفعل وهو اطلاق الاستيفاء ولا تنافى فيه فاطلاق الاستيفاء للاول لا يمنع اطلاق استيفاء الثانى وهذا بخلاف النفس ان الواحد يقتل بالجماعة اكتفاء لان هناك كل واحد منهم استوفى حقه على الكمال لان حقه فى القتل وكل واحد منهم استوفى القتل بكماله لما ذكرنا فى الجناية على النفس فيما تقدم وان حضر أحدهما والآخر غائب فللحاضر

ان يقتص ولا ينتظر الغائب لماذكرنا ان حق كل واحد منهما ثابت فى كل اليد وانما التمانع فى استيفاء الكل بحكم التزاحم بحكم المشاركة فى الاستيفاء فاذا كان أحدهما غائباً فلا تزاحم الحاضر فكان له ان يستوفى كاحد الشفيعين اذا حضر يقضى له بالشفعة فى كل المبيع (ولان) حق الحاضر اذا كان ثابتا فى كل اليد وأراد الاستيفاء والغائب قد يحضر وقد لا يحضر وقد يطالب بعض الحضور وقد يعفو فلا يجوز تأخير حق الحاضر فى الاستيفاء والمنع منه للحال بعد طلبه لامر محتمل ولهذا اقضى بالشفعة لاحد الشفيعين اذا حضر وطلب ولا ينتظر حضور الغائب كذا هذا وللآخر دية يده على القاطع لانه تعذر استيفاء حقه بعد ثبوته فيصار الى البدل ولان القاطع قضى به حقاً مستحقاً عليه فيلزمه الدية وان عفا أحدهما بطل حقه وكان للآخر القصاص اذا كان العفو قبل قضاء القاضى بالاجماع لان حق كل واحد منهما ثابت فى اليد على الكمال فالعفو من أحدهما لا يؤثر فى حق الآخر كما فى القصاص فى النفس وكذلك لو عدا أحدهما على القاطع فقطع يده فقد استوفى حقه فللآخر الدية لماذكرنا (وأما) اذا قضى القاضى بالقصاص بينهما ثم عفا أحدهما فللآخر ان يستوفى القصاص فى قولهما استحسانا (وقال) محمد رحمه الله اذا قضى القاضى بالقصاص فى اليد بينهما نصفين و بدية اليد بينهما نصفين ثم عفا أحدهما بطل القصاص (وجه) قوله ان حق كل واحد منهما وان كان ثابتا فى كل اليد لكن القاضى لما قضى بالقصاص بينهما فقد أثبت الشركة بينهما فصار حق كل واحد منهما فى البعض فاذا عفا أحدهما سقط البعض ولا يتمكن الآخر من استيفاء الكل (وجه) قولهما ان قضاء القاضى بالشركة لم يصادف محله لان الشرع ما ورد بوجوب القطع فى بعض اليد فيلحق بالعدم أو يجعل مجازاً عن الفتوى كانه أفتى بما يجب لهما وهو ان يجتمعا على القطع و يأخذ الدية بينهما فكان عفو أحدهما بعد القضاء كعفوه قبله ولو قضى القاضى بالدية بينهما فقبضاها ثم عفا أحدهما لم يكن للآخر القصاص و ينقلب نصيبه مالا لانهما لما قبضا الدية فقد ملكاها وثبوت الملك فى الدية يقتضى ان لا يبقى الحق فى كل اليد فسقط حق كل واحد منهما عن نصف اليد فاذا عفا أحدهما لا يثبت للآخر ولاية استيفاء كل اليد (وكذلك) لو أخذ بالدية رهناً لان قبض الرهن قبض استيفاء لان الدين كانه فى الرهن بدليل انه اذا هلك يسقط الدين فصار قبضهما الرهن كقبضهما الدين (ولو) أخذا بالدية كفيلا ثم عفا أحدهما فللآخر القصاص لانه ليس فى الكفالة معنى الاستيفاء بل هو للتوثق لجانب الوجوب فكان الحكم بعد الكفالة كالحكم قبلها (ولو قطع) من رجل يديه أو رجليه قطعت يداه و رجلاه لان استيفاء المثل ممكن ولو قطع من رجل يمينه ومن آخر يساره قطعت يمينه لصاحب اليمين و يساره لصاحب اليسار لان تحقيق المماثلة فيه وانه ممكن (فان قيل) القاطع ما أبطل عليهما منفعة الجنسين فكيف تبطل عليه منفعة الجنس فالجواب ان كل واحد منهما ما استحق عليه الا قطع يد واحدة وليس فى قطع يد واحدة تفويت منفعة الجنس فكان الجزاء مثل الجناية الا ان فوات منفعة الجنس عند اجتماع الفعلين حصل ضرورة غير مضاف اليهما ولو قطع اصبع رجل كلها من المفصل ثم قطع يد آخر أو بدأ باليد ثم يقطع الاصبع وذلك كله فى يد واحدة فى اليمين أو فى اليسار فلا يخلو (اما) ان جاآ جميعا يطلبان القصاص واما ان جاآ متفرقين فان جاآ جميعاً يبدأ بالقصاص فى الاصبع فتقطع الاصبع بالاصبع ثم يخير صاحب اليد فان شاء قطع ما بقى وان شاء أخذ دية يده من مال القاطع لان حق كل واحد منهما فى مثل ما قطع منه فحق صاحب اليد فى قطع اليد وحق صاحب الاصبع فى قطع الاصبع فيجب ايفاء حق كل واحد منهما بقدر الامكان وذلك فى البداية بالقصاص فى الاصبع لانا لو بدأنا بالقصاص فى اليد لبطل حق صاحب الاصبع فى القصاص أصلا و رأسا ولو بدأنا بالقصاص فى الاصبع لم يبطل حق الآخر فى القصاص أصلا و رأسا لانه يتمكن من استيفائه مع النقصان فكانت البداية بالاصبع أولى وانما خير صاحب اليد بعد قطع الاصبع لان الكف صارت معيبة بقطع الاصبع فوجد حقه ناقصا فيثبت له الخيار كالاشل اذا قطع يد الصحيح وان جاآ متفرقين فان جاء صاحب اليد وصاحب الاصبع غائب تقطع اليد لصاحب اليد لان حق صاحب اليد ثابت فى اليد فلا يجوز منعه من استيفاء حقه لحق غائب يحتمل أن يحضر و يطالب و يحتمل

ان لا يحضر ولا يطالب فان جاء صاحب الاصبع بعد ذلك أخذ الارش لتعذر استيفاء حقه عليه بعد ثبوته فيأخذ بدله ولان القاطع قضى بطرفه حقا مستحقا عليه فصار كانه قائم وتعذر الاستيفاء لمانع فيلزمه الارش وان جاء صاحب الاصبع وصاحب اليد غائب تقطع الاصبع لصاحب الاصبع لما ذكرنا في صاحب اليد ثم اذا جاء صاحب اليد بعد ذلك أخذ الارش لما قلنا ولو قطع اصبع رجل من مفصل ثم قطع اصبع رجل آخر من مفصلين ثم قطع اصبع آخر كلها وذلك كله في اصبع واحدة فهو على التفصيل الذى ذكرنا ان الامر لا يخلو (اما) ان جاؤا جميعا يطلبون القصاص واما ان جاؤا متفرقين فان جاؤا جميعا يبدأ بقطع المفصل الاعلى لصاحب الاعلى ثم يخير صاحب المفصلين فان شاء استوفى الاوسط بحقه كله ولا شئ له من الارش وان شاء أخذ ثلثى دية اصبعه من ماله ثم يخير صاحب الاصبع فان شاء أخذ ما بقى باصبعه وان شاء أخذ دية أصبعه من مال الذى قطعها وانما كان كذلك لما بينا ان حق كل واحد منهما فى مثل ما قطع منه فيجب ايفاء حقوقهم بقدر الامكان وذلك فى البداية بما لا يسقط حق بعضهم وهو ان يبدأ بقطع المفصل الاعلى لصاحب الاعلى لان البداية لا تبطل حق الباقين فى القصاص أصلا لامكان استيفاء حقيهما مع النقصان وفى البداية بالقصاص فى الاصبع ابطال حق الباقين أصلا ورب رجل يختار القصاص وان كان ناقصا تشفيا للصدر واذا قطع منه المفصل الاعلى لصاحب الاعلى يخير الباقيان لان كل واحد منهما وجد حقه ناقصا لحدوث العيب بالطرف وان جاؤا متفرقين فان جاء صاحب الاصبع أولا تقطع له الاصبع لما ذكرنا فى المسئلة المتقدمة فاذا جاء الباقيان بعد ذلك يقضى لهما بالارش لصاحب المفصل الاعلى ثلث دية الاصبع ولصاحب المفصلين ثلثا دية الاصبع لما قلنا وان جاء صاحب المفصلين أولا يقطع له المفصلان لما ذكرنا فى المسئلة المتقدمة ويقضى لصاحب المفصل الاعلى بالارش لما مر وصاحب الاصبع بالخيار ان شاء أخذ ما بقى واستوفى حقه ناقصا وان شاء أخذ دية الاصبع لما مر وان جاء صاحب الاعلى أولا فهو كما اذا جاؤا معا وقد ذكرنا حكمه والله سبحانه وتعالى أعلم ولو قطع كف رجل من مفصل ثم قطع يد آخر من المرفق أو بدأ بالمرفق ثم بالكف وهما فى يد واحدة فى اليمين اوفى اليسار ثم اجتمعا فان الكف يقطع لصاحب الكف ثم يخير صاحب المرفق فان شاء قطع ما بقى بحقه كله وان شاء أخذ الارش لما بينا وان جاء أحدهما والآخر غائب فان جاء صاحب الكف قطع له الكف ولا ينتظر الغائب لما مر ثم اذا جاء صاحب المرفق أخذ الارش وان جاء صاحب المرفق أولا يقطع له المرفق أولا ثم اذا جاء صاحب اليد بعد ذلك يأخذ ارش اليد والله سبحانه وتعالى أعلم ولو قطع المفصل الاعلى من سبابة رجل ثم عاد فقطع المفصل الثانى منها فعليه القصاص من المفصل الاول ولا قصاص عليه فى المفصل الثانى وعليه قيمة الارش وكذلك لو قطع اصبع رجل من أصلها ثم قطع الكف التى منها الاصبع كان عليه القصاص فى الاصبع ولا قصاص عليه فى الكف وعليه الارش فى الكف ناقصة باصبع وكذلك لو قطع يد رجل وهى صحيحة ثم قطع ساعده من المرفق من اليد التى قطع منها الكف عليه فى اليد القصاص ولا قصاص عليه فى الساعد بل فيه ارش حكومة كذا روى عن أبى حنيفة رضى الله عنه ولم يفصل بين ما اذا كانت الجناية الثانية بعد برء الاولى أو قبلها وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى اذا كانت الثانية بعد برء الاولى فهما جنايتان متفرقتان وان كانت قبل البرء فهى جناية واحدة ذكر قولهما فى الزيادات (وجه) قولهما ان الجنايتين اذا كانتا قبل البرء فهما فى حكم جناية واحدة بدليل ان من قطع يد رجل خطأ ثم قتله وجبت عليه دية واحدة فصار كانه قطع المفصلين معا بضربة واحدة فيجب القصاص فيهما واذا برئت الاولى فقد استقرت واستقر حكمها فكانت الثانية جناية مفردة فى مفصل مفرد فتفرد بحكمها فيجب القصاص فى الاولى والارش فى الثانية ولابى حنيفة رضى الله عنه ان وقت قطع المفصل الاعلى كانت الاصبعان صحيحتين أعنى اصبع القاطع والمقطوع له المفصل أولا فكانت بين الاصبعين مماثلة فامكن استيفاء القصاص على وجه المماثلة ولم يكن بينهما مماثلة وقت قطع المفصل الثانى لان

اصبع القاطع كامل وقت القطع فيكون استيفاء الكامل بالناقص وهذا لا يجوز فان قيل وقت قطع المفصل الثانى كان القصاص مستحقا فى المفصل الأعلى من القاطع والمستحق كالمستوفى فكان استيفاء الناقص بالناقص فالجواب عنه من وجهين أحدهما ان نفس الاستحقاق لا يوجب النقصان بدليل انه لو جاء الاجنبى وقطع ذلك المفصل عمدا وجب القصاص عليه ولو ثبت القصاص بنفس الاستحقاق لما وجب فثبت ان النقصان لا يثبت بمجرد الاستحقاق وانما يثبت بالاستيفاء ولم يوجد فلو وجب النقصان لكان استيفاء الكامل بالناقص والثانى ان سلم ان النقصان يثبت بنفس الاستحقاق والوجوب لكن حكما لا حقيقة والاول ناقص حقيقة فلم يكن بينهما مماثلة ولو قطع المفصل الاعلى منها فاقتص منه ثم قطع المفصل الثانى و برئ اقتص منه لان اصبع القاطع كانت ناقصة وقت قطع المفصل الثانى فيكون استيفاء الناقص بالناقص فتحققت المماثلة ولو كان غيره قطع المفصل الاعلى منها ثم قطع هو المفصل الثانى منها فلا قصاص عليه لانعدام المساواة بين اصبع القاطع والمقطوع وعليه ثلث دية اليد ولو قطع المفصل الاعلى فبرأ ثم قطع المفصل الثانى فمات فالولى بالخيار ان شاء قطع المفصل ثم قتل لان فيه استيفاء مثل حقه فى القطع والقتل وان شاء ترك المفصل وقتل لان فى اتلاف النفس اتلاف الطرف فكان المقصود حاصلا بخلاف ما اذا كانت الجنايتان من رجلين فمات من احداهما دون الاخرى انه ان كان ذلك كله عمدا فعلى صاحب النفس القصاص فى النفس وعلى صاحب الجناية فيما دون النفس القصاص فى ذلك ان كان يستطاع وان كان لا يستطاع فالارش وان كان ذلك خطأ فعلى صاحب النفس دية النفس وعلى صاحب الجراحة فيما دون النفس ارش ذلك وان كان أحدهما عمدا والآخر خطأ فعلى العامد القصاص وعلى الخاطئ الارش ولا يدخل أحدهما فى الآخر سواء كان بعد البرء أو قبل البرء ولان الجنايتين اذا كانتا من شخص واحد يمكن جعلهما كجناية واحدة كانهما حصلا بضربة واحدة واذا كانتا من شخصين لا يمكن ان يجعلا كجناية واحدة لان جعل فعل أحدهما فعل الآخر لا يتصور فلا بد ان نعتبر فعل كل واحد منهما بانفراده سواء برأت الجناية الاولى أو لم تبرأ على ما نبين ان شاء الله تعالى ولو قطع من رجل نصف المفصل الاعلى من السبابة ثم قطع نصف المفصل الباقى ان كان قبل البرء يقتص منه فيقطع منه المفصل كله لانه اذا كان قبل البرء صار كانه قطع المفصلين جميعا بضربة واحدة ولو كان كذلك يقتص منه و يقطع منه المفصل كله كذا هذا وان كان بعد البرء لا يقتص منه وتجب حكومة العدل فى كل نصف لانه لا يمكن استيفاء القصاص من نصف المفصل وليس له ارش مقدر فتجب حكومة العدل ولو قطع من رجل نصف المفصل الاعلى من السبابة ثم عاد فقطع المفصل الثانى فان كان قبل البرء فلا قصاص عليه وعليه القصاص فى المفصل والحكومة فى نصف المفصل لانه يصير كانه قطعهما دفعة واحدة ولو فعل ذلك لا قصاص عليه لتعذر الاستيفاء بصفة المماثلة فكان عليه الارش فى المفصل وحكومة العدل فى نصف المفصل كذا هذا وان كان بعد البرء يجب القصاص فى المفصل وحكومة العدل فى نصف المفصل لانه اذا برئ الاول فقد استقر حكمه والاستيفاء بصفة المماثلة ممكن فثبت ولاية الاستيفاء فلا يمكن استيفاء القصاص فى نصف المفصل وليس له ارش مقدر فتجب فيه حكومة العدل ولو قطع من رجل يمينه من المفصل فاقتص منه ثم ان أحدهما قطع من الآخر الذراع من المرفق فلا قصاص فيه وفيه حكومة العدل عند أصحابنا الثلاثة رضى الله عنهم وقال زفر رحمه الله يجب القصاص كذا ذكر القاضى الخلاف فى شرحه مختصر الطحاوى رحمه الله وذكر الكرخى عليه الرحمة الخلاف بين أبى حنيفة وأبى يوسف رضى الله عنهما (وجه) قول أبى يوسف و زفر ان استيفاء القصاص على سبيل المماثلة ممكن لان المحلين استويا والمرفق مفصل فكان المثل مقدور الاستيفاء فلا معنى للمصير الى الحكومة كما لو قطع يد انسان من مفصل الزند ولابى حنيفة ومحمد ان القصاص فيما دون النفس يعتمد المساواة فى الارش لان ما دون النفس يسلك به مسلك الاموال لما بينا والمساواة فى اتلاف الاموال معتبرة ولهذا لا يجرى القصاص بين طرفى الذكر والانثى والحر والعبد

لاختلاف

لاختلاف الارش وههنالا يعرف التساوى فى الارش لان ارش الذراع حكومة العدل وذلك يكون بالحزر والظن فلا يعرف التساوى بين ارشيهما لان قطع الكف يوجب وهن الساعد وضعفه وليس له ارش مقدر وقيمة الوهن والضعف فيه لا تعرف الا بالحزر والظن فلا تعرف المماثلة بين ارشى الساعدين فيمتنع وجوب القصاص وعلى هذا الخلاف اذا قطع يد رجل وفيها اصبع زائدة وفى يد القاطع اصبع زائدة مثل ذلك انه لا قصاص عند أبى حنيفة ومحمد وفيهما حكومة العدل وعند أبى يوسف يجب القصاص لوجود المساواة بين اليدين ولهما ان الاصبع الزائدة فى الكف نقص فيها وعيب وهو نقص يعرف بالحزر والظن فلا تعرف المماثلة بين الكفين ولو قطع أصبعا زائدة وفى يده مثلها فلا قصاص عليه بالاجماع لان الاصبع الزائدة فى معنى الثزلزل ولا قصاص فى المتزلزل ولانها نقص ولا تعرف قيمة النقصان الا بالحزر والظن ولانه ليس لهما ارش مقدر فلا تعرف المماثلة ولو قطع الكف التى فيها أصبع زائدة فان كانت تلك الاصبع توهن الكف وتنقصها فلا قصاص فيها وان كانت لا تنقصها ففيها القصاص ولا قصاص بين الاشلين كذا روى الحسن عن أبى حنيفة سواء كانت يد المقطوعة يده أقلهما شللا أو أكثر أو هما سواء وهو قول أبى يوسف وقال زفر ان كانا سواء ففيهما القصاص وان كانت يد المقطوعة يده أقلهما شللا كان بالخيار ان شاء قطع يد القاطع وان شاء ضمنه ارش يده شلاء وان كانت يد المقطوعة يده أكثرهما شللا فلا قصاص وله ارش يده والصحيح قولنا لان بعض الشلل فى يديهما يوجب اختلاف ارشيهما وذلك يعرف بالحزر والظن فلا تعرف المماثلة وكذلك مقطوع الابهام كلها اذا قطع يدا مثل يده لم يكن بينهما قصاص فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف لان قطع الابهام يوهن الكف ويسقط تقدير الارش فلا يعرف الا بالحزر والظن فلا تعرف المماثلة ولو قطع يد رجل ثم قتله فان كان بعد البرء لا تدخل اليد فى النفس بلا خلاف والولى بالخيار ان شاء قطع يده ثم قتله وان شاء اكتفى بالقتل وان شاء عفا عن النفس وقطع يده وان كان قبل البرء فكذلك فى قول أبى حنيفة وفى قولهما تدخل اليد فى النفس وله ان يقتله وليس له ان يقطع يده (وجه) قولهما ان الجناية على مادون النفس اذا لم يتصل بها البرء لا حكم لها مع الجناية على النفس فى الشريعة بل يدخل مادون النفس فى النفس كما اذا قطع يده خطأ ثم قتله قبل البرء حتى لا يجب عليه الا دية النفس ولابى حنيفة رضى الله عنه ان حق المجنى عليه فى المثل وذلك فى القطع والقتل والاستيفاء بصفة المماثلة ممكن فاذا قطع المولى يده ثم قتله كان مستوفيا للمثل فيكون الجزاء مثل الجناية جزاء وفاقا بخلاف الخطأ لان المثل هناك غير مستحق بل المستحق غير المثل لان المال ليس بمثل النفس وكان ينبغى أن لا يجب أصلا الا ان وجوبه ثبت معدولا به عن الاصل عند استقرار سبب الوجوب فبقيت الزيادة حال عدم استقرار السبب لعدم البرء مردودة الى حكم الاصل والله تعالى أعلم هذا اذا كانا جميعا عمدا فاما اذا كانا جميعا خطأ فان كان بعد البرء لا يدخل مادون النفس فى النفس وتجب دية كاملة ونصف دية تتحمله العاقل وتؤدى فى ثلاث سنين فى السنة الاولى ثلثا الدية ثلث من الدية الكاملة وثلث من نصف الدية وفى السنة الثانية نصف الدية ثلث من الدية الكاملة وسدس من النصف وفى السنة الثالثة ثلث الدية لان الدية الكاملة تؤدى فى ثلاث سنين ونصف الدية يؤدى فى سنتين من الثلاث وهذا يوجب ان يكون قدر المؤدى منهما وانما لم يدخل مادون النفس فى النفس لان الاول لما برأ فقد استقر حكمه فكان الباقى جناية مبتدأة فيبتدأ بحكمها وان كان قبل البرء يدخل مادون النفس فى النفس وتجب دية واحدة لان حكم الاول لم يستقر وان كان أحدهما عمدا والآخر خطأ لا يدخل مادون النفس فى النفس بل يعتبر كل واحد منهما بحكمه سواء كان بعد البرء أو قبله لان العمد مع الخطأ جنايتان مختلفتان فلا يحتملان التداخل فيعطى لكل واحد منهما حكم نفسها فيجب فى العمد القصاص وفى الخطأ الارش هذا كله اذا كان الجانى واحدا فقطع ثم قتل فاما اذا كانا اثنين فقطع أحدهما يده ثم قتله الآخر فلا يدخل مادون النفس فى النفس كيف ما كان بعد البرء أو قبله لان الاصل اعتبار كل جناية بحيالها لان كل واحدة منهما جناية على حدة فكان الاصل عدم التداخل

وافراد كل جناية بحكمها الا ان عند اتحاد الجانى وعدم البرء قد يجعلان كجناية واحدة كانهما حصلا بضربة واحدة تقديرا ولا يمكن هذا التقدير عند اختلاف الجانى لاستحالة ان يكون فعل كل واحد منهما فعلا لصاحبه حقيقة فتعذر التقدير فبقى فعل كل واحد منهما جناية مفردة حقيقة وتقديرا فيفرد حكمها فان كانتا جميعا عمدا يجب القصاص على كل واحد منهما من القطع والقتل وان كانتا جميعا خطأ يجب الدية عليهما يتحمل عنهما عاقلتهما فى القطع والقتل وان كان أحدهما عمدا والآخر خطأ يجب القصاص فى العمد والارش فى الخطأ ولو قطع أصبع يد رجل عمدا وقطع آخر يده من الزند فمات فالقصاص على الثانى فى قول أصحابنا الثلاثة رحمهم الله وقال زفر رحمه الله عليهما جميعا وبه أخذ الشافعى (وجه) قول زفر ان السراية باعتبار الالم والقطع الاول اتصل ألمه بالنفس وتكامل بالثانى فكانت السراية مضافة الى الفعلين فيجب القصاص عليهما (ولنا) أن السرايه باعتبار الآلام المترادفة التى لا تتحملها النفس الى أن تموت وقطع اليد يمنع وصول الالم من الاصبع الى النفس فكان قطعا للسراية فبقيت السراية مضافة الى قطع اليد وصار كما لو قطع الاصبع فبرئت ثم قطع آخر يده فمات وهناك القصاص على الثانى كذا هذا بل أولى لان القطع فى المنع من الاثر وهو وصول الالم الى النفس فوق البرء اذ البرء يحتمل الانتقاص والقطع لا يحتمل ثم زوال الاثر بالبرء يقطع السراية فزواله بالقطع كان أولى وأحرى ولو جنى على مادون النفس فسرى فالسراية لا تخلو اما ان كانت الى النفس واما ان كانت الى عضو آخر فان كانت الى النفس فالجانى لا يخلو اما ان كان متعديا فى الجناية واما ان لم يكن فان كان متعديا فى الجناية والجناية بحديد أو بخشبة تعمل عمل السلاح فمات من ذلك فعليه القصاص سواء كانت الجناية مما توجب القصاص لو برئت أو لا توجب كما اذا قطع يد انسان من الزند أو من الساعد أو شجه موضحة أو آمة أو جائفة أو أبان طرفا من أطرافه أو جرحه جراحة مطلقة فمات من ذلك فعليه القصاص لانه لما سرى بطل حكم مادون النفس وتبين انه وقع قتلا من حين وجوده وللولى أن يقتله وليس له أن يفعل به مثل ما فعل حتى لو كان قطع يده ليس له أن يقطع يده عندنا وعند الشافعى رحمه الله انه يفعل به مثل ما فعل فان مات من ذلك والا قتله وكذلك اذا قطع رجل يد رجل ورجليه فمات من ذلك تحز رقبته عندنا وعنده يفعل به مثل ما فعل وقد ذكرنا المسئلة فيما تقدم ولو قطع يده فعفا المقطوع عن القطع ثم سرى الى النفس ومات فان عفا عن الجناية أو عن القطع وما يحدث منه أو الجراحة وما يحدث منها فهو عفو عن النفس بالاجماع وان عفا عن القطع أو الجراحة ولم يقل وما يحدث منها لا يكون عفوا عن النفس وعلى القاطع دية النفس فى ماله فى قول أبى حنيفة رضى الله عنه وفى قولهما يكون عفوا عن النفس ولا شئ عليه والمسئلة باخواتها قد مرت فى مسائل العفو عن القصاص فى النفس ولو كان له على رجل قصاص فى النفس فقطع يده ثم عفا عن النفس وبرأت اليد ضمن دية اليد فى قول أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد لا ضمان عليه (وجه) قولهما ان نفس القاتل بالقتل صارت حقا لولى القتيل والنفس اسم لجملة الاجزاء فاذا قطع يده فقد استوفى حق نفسه فلا يضمن ولهذا لو قطع يده ثم قتله لا يجب عليه ضمان اليد ولو لم تكن اليد حقه لوجب الضمان عليه دل انه بالقطع استوفى حق نفسه فبعد ذلك ان عفا عن النفس فالعفو ينصرف الى القائم لا الى المستوفى كمن استوفى بعض ديته ثم أبرأ الغريم ان الابراء ينصرف الى ما بقى لا الى المستوفى كذا هذا ولابى حنيفة رضى الله عنه ان حق من له القصاص فى الفعل وهو القتل لا فى المحل وهو النفس أو يقال حقه فى النفس لكن فى القتل لا فى حق القطع لان حقه فى المثل والموجود منه القتل لا القطع ومثل القتل هو القتل فكان أجنبيا عن اليد فاذا قطع اليد فقد استوفى ما ليس بحق له وهو متقوم فيضمن وكان القياس أن يجب القصاص الا انه سقط للشبهة فتجب الدية الا انه اذا قطع اليد ثم قتله لا يجب عليه ضمان اليد وان كان متعديا فى القطع مسيأ فيه لانه لا قيمة لها مع اتلاف النفس بالقصاص فلا يضمن كما لو قطع يد مرتد انه لا يضمن وان كان متعديا فى القطع لما قلنا كذا هذا ولانه كان مخيرا بين القصاص و بين العفو فاذا عفا استند العفو الى الاصل كانه عفا ثم قطع فكان القطع استيفاء غير حقه فيضمن هذا اذا كان متعديا فى الجناية على

مادون

مادون النفس فأما اذا لم يكن متعديا فيها فلا يجب القصاص للشبهة وتجب الدية فى بعضها ولا تجب فى البعض وبيان ذلك فى مسائل اذا قطع يد رجل عمدا حتى وجب عليه القصاص فقطع الرجل يده فمات من ذلك ضمن الدية فى قول أبى حنيفة رحمه الله وفى قولهما لا شىء عليه ولو قطع الامام يد السارق فمات منه لا ضمان على الامام ولا على بيت المال وكذلك الفصاد والبزاغ والحجام اذا سرت جراحاتهم لا ضمان عليهم بالاجماع (وجه) قولهما ان الموت حصل بفعل مأذون فيه وهو القطع فلا يكون مضمونا كالامام اذا قطع يد السارق فمات منه ولابى حنيفة رضى الله عنه انه استوفى غير حقه لان حقه فى القطع وهو أتى بالقتل لان القتل اسم لفعل يؤثر فى فوات الحياة عادة وقد وجد فيضمن كما اذا قطع يد انسان ظلما فسرى الى النفس وكان القياس أن يجب القصاص الا انه سقط للشبهة فتجب الدية وهكذا نقول فى الامام ان فعله وقع قتلا الا انه لا سبيل الى ايجاب الضمان للضرورة لان اقامة الحد مستحقة عليه والتحرز عن السراية ليس فى وسعه فلو أوجبنا الضمان لامتنع الأئمة عن الاقامة خوفا عن لزوم الضمان وفيه تعطيل الحدود والقطع ليس بمستحق على من له القصاص بل هو مخير فيه والاولى هو العفو ولا ضرورة الى اسقاط الضمان بعد وجود سببه ولو ضرب امرأته للنشوز فماتت منه يضمن لان المأذون فيه هو التاديب لا القتل ولما اتصل به الموت تبين انه وقع قتلا ولو ضرب الاب أو الوصى الصبى للتأديب فمات ضمن فى قول أبى حنيفة رضى الله عنه وفى قولهما لا يضمن وجه قولهما ان الاب والوصى مأذونان فى تأديب الصبى وتهذيبه والمتولد من الفعل المأذون فيه لا يكون مضمونا كالوعزر الامام انسانا فمات (وجه) قول أبى حنيفة رضى الله عنه ان التاديب اسم لفعل يبقى المؤدب حيا بعده فاذا سرى تبين انه قتل وليس بتاديب وهما غير مأذونين فى القتل ولو ضربه المعلم أو الاستاذ فمات ان كان الضرب بغير أمر الاب أو الوصى يضمن لانه متعد فى الضرب والمتولد منه يكون مضمونا عليه وان كان باذنه لا يضمن للضرورة لان المعلم اذا علم انه يلزمه الضمان بالسراية وليس فى وسعه التحرز عنها يمتنع عن التعليم فكان فى التضمين سد باب التعليم وبالناس حاجة الى ذلك فسقط اعتبار السراية فى حقه لهذه الضرورة وهذه الضرورة لم توجد فى الاب لان لزوم الضمان لا يمنعه عن التاديب لفرط شفقته على ولده فلا يسقط اعتبار السراية من غير ضرورة ولو قطع يد مرتد فأسلم ثم مات فلا شىء على القاطع وهذا يؤيد مذهب أبى حنيفة رضى الله عنه فى اعتبار وقت الفعل والاصل فى هذا ان الجناية اذا وردت على ما ليس بمضمون فالسراية لا تكون مضمونة لان الضمان يجب بالفعل السابق والفعل صادف محلا غير مضمون وكذلك لو قطع يد حربى ثم أسلم ثم مات من القطع انه لا شىء على القاطع لان الجناية وردت على محل غير مضمون فلا تكون مضمونة وهكذا لو قطع يد عبده ثم اعتقه ثم مات لم يضمن السراية لان يد العبد غير مضمونة فى حقه ولو قطع يده وهو مسلم ثم ارتد والعياذ بالله ثم مات فعلى القاطع دية اليد لا غير لانه أبطل عصمة نفسه بالردة فصارت الردة بمنزلة الابراء عن السراية ولو رجع الى الاسلام ثم مات فعلى القاطع دية النفس فى قولهما وعند محمد عليه دية اليد لا غير وجه قوله على نحو ما ذكرنا انه لما ارتد فكأنه ابرأ القاطع عن السراية وجه قولهما ان الجناية يتعلق حكمها بالابتداء أو بالانتهاء وما بينهما لا يتعلق به حكم والمحل ههنا مضمون فى الحالين فكانت الجناية مضمونة فيهما فلا تعتبر الردة العارضة فيما بينهما (وأما) قول محمد الردة بمنزلة البراءة فنعم لكن بشرط الموت عليها لان حكم الردة موقوف على الاسلام والموت وقد كانت الجناية مضمونة فوقف حكم السراية أيضاً وكذلك لو لحق بدار الحرب ولم يقض القاضى بلحوقه ثم رجع الينا مسلما ثم مات من القطع فهو على هذا الخلاف وان كان القاضى قضى بلحوقه ثم عاد مسلما ثم مات من القطع فعلى القاطع دية يده لا غير بالاجماع لان لحوقه بدار الحرب يقطع حقوقه بدليل انه يقسم ماله بين ورثته بعد اللحوق ولا يقسم قبله فصار كالابراء عن الجناية ولو قطع يد عبد خطأ فاعتقه مولاه ثم مات منها فلا شىء على القاطع غير ارش اليد وعتقه كبرء اليد لان السراية لو كانت مضمونة على الجانى فاما أن تكون مضمونة عليه للمولى (واما) أن تكون مضمونة عليه للعبد لا سبيل الى الاول لان المولى ليس بمالك له بعد العتق ولا

وجه للثانى لماذ كرنا أن السراية تكون تابعة للجناية فالجناية لما لم تكن مضمونة للعبد لا تكون سرايتها مضمونة له ولهذا قلنا اذا باعه المولى بعد القطع سقط حكم السراية وليس قطع اليد فى هذا مثل الرمى فى قول أبى حنيفة رحمه الله حيث أوجب عليه بالرمى القيمة وان أعتقه المولى ولم يوجب فى القطع الا ارش اليد لماذ كرنا أن الرمى سبب الاصابة لا محالة فصار جانيا به وقت الرمى (فاما) القطع فليس بموجب للسراية لا محالة والله تعالى أعلم وان كان قطع يد العبد عمداً فاعتقه مولاه ثم مات العبد ينظر ان كان المولى هو وارثه لا وارث له غيره فله أن يقتل الجانى فى قولهما خلافاً لمحمد وقد مرت المسألة وان كان له وارث غيره يحجبه عن ميراثه و يدخل معه فى ميراثه فلا قصاص لاشتباه الولى على مامر ولو لم يعتقه بعد القطع ولكنه دبره أو كانت أمة فاستولدها فانه لا تنقطع السراية و يجب نصف القيمة و يجب ما نقص بعد الجناية قبل الموت هذا اذا كان خطأ وان كان عمداً فللمولى أن يقتص بالاجماع ولو كاتبه والمسألة بحالها فبالكتابة برئ عن السراية فيجب نصف القيمة للمولى فاذا مات وكان خطأ لا يجب عليه شئ آخر وان كان عمداً فان كان عاجزاً فللمولى ان يقتص لانه مات عبداً وان مات عن وفاء فقد مات حراً فينظر ان كان له وارث يحجب المولى أو يشاركه فلا قصاص عليه و يجب عليه ارش اليد لا غير وان لم يكن له وارث غير المولى فللمولى أن يقتص عندهما وعند محمد رحمه الله ليس له ان يقتص وعليه ارش اليد لا غير وان كان القطع بعد الكتابة فمات وكان القطع خطأً أو مات عاجزاً فالقيمة للمولى وان مات عن وفاء فالقيمة للورثة وان كان عمداً فان مات عاجزاً فللمولى أن يقتص وان مات عن وفاء مات حراً ثم ينظر ان كان مع المولى وارث يحجبه أو يشاركه فى الميراث فلا قصاص وان لم يكن له وارث غير المولى فعلى الاختلاف الذى ذكرنا والله تعالى أعلم هذا اذا كانت السراية الى النفس فاما اذا كانت الى العضو فالاصل أن الجناية اذا حصلت فى عضو فسرت الى عضو آخر والعضو الثانى لا قصاص فيه فلا قصاص فى الاول أيضاً وهذا الاصل يطرد على أصل أبى حنيفة عليه الرحمة فى مسائل اذا قطع اصبعاً من يد رجل فشلت الكف فلا قصاص فيهما وعليه دية اليد بلا خلاف بين أصحابنا رحمهم الله لان الموجود من القاطع قطع مشل للكف ولا يقدر المقطوع على مثله فلم يكن المثل ممكن الاستيفاء فلا يجب القصاص ولان الجناية واحدة فلا يجب بها ضمانان مختلفان وهو القصاص والمال خصوصاً عند اتحاد المحل لان الكف مع الاصبع بمنزلة عضو واحد وكذا اذا قطع مفصلاً من اصبع فشل ما بقى أو شلت الكف لما قلنا فان قال المقطوع انا أقطع المفصل وأترك مايبس ليس له ذلك لان الجناية وقعت غير موجبة للقصاص من الاصل لعدم امكان الاستيفاء على وجه المماثلة على ما بينا فكان الاقتصار على البعض استيفاء مالا حق له فيه فيمنع من ذلك كما لو شجه منقلة فقال المشجوج أنا أشجه موضحة وأترك ارش مازاد لم يكن له ذلك وكذلك اذا كسر بعض سن انسان واسود ما بقى فليس فى شئ من ذلك قصاص لان قصاصه هو كسر مسود للباقى وذلك غير ممكن ولان الجناية واحدة فلا توجب ضمانين مختلفين ولو قطع اصبعاً فشلت الى جنبها أخرى فلا قصاص فى شئ من ذلك فى قول أبى حنيفة رضى الله عنه وعليه دية الاصبعين وقال أبو يوسف ومحمد وزفر والحسن فى الاول لا قصاص وفى الثانى الارش وجه قولهم ان المحل متعدد والفعل يتعدد بتعدد المحل حكماً وان كان متحداً حقيقة لتعدد أثره وههنا تعدد الاثر فيجعل فعلين فيفرد كل واحد منهما بحكمه فيجب القصاص فى الاول والدية فى الثانى كما لو قطع اصبع انسان فانسل السكين الى اصبع أخرى خطأً فقطعها حتى يجب القصاص فى الاول والدية فى الثانى وكما لو رمى سهماً الى انسان فأصابه و نفذ منه وأصاب آخر حتى يجب القصاص فى الاول والدية فى الثانى لما قلنا وكذلك هذا واذا تعددت الجناية تفرد كل واحد منهما بحكمها فيجب القصاص فى الاولى والارش فى الثانية وجه قول أبى حنيفة رضى الله عنه ماذكرنا أن المستحق فيما دون النفس هو المثل والمثل وهو القطع المشل ههنا غير مقدور الاستيفاء فلا يثبت الاستحقاق ولان الجناية متحدة حقيقة وهى قطع الاصبع وقد تعلق به ضمان المال فلا يتعلق به ضمان القصاص بخلاف ما اذا قطع اصبعاً عمداً فنفذ السكين الى أخرى خطأً لان الموجود

هناك

هنالك فعلان حقيقة فجاز أن يفرد كل واحد منهما بحكم وفى مسألة الرمى جعل الفعل المتحد حقيقة متعددا شرعا بخلاف الحقيقة ومن ادعى خلاف الحقيقة ههنا يحتاج الى الدليل ولو قطع اصبعا فسقطت الى جنبها أخرى فلا قصاص فى شئ من ذلك فى قول أبى حنيفة رضى الله عنه وعندهما فى ظاهر الرواية عنهما يجب فى الاول القصاص وفى الثانى الارش وفى رواية ابن سماعة عن محمد انه يجب القصاص فيهما لان من أصله على هذه الرواية أن الجراحة التى فيها القصاص اذا تولد منها ما يمكن فيه القصاص يجب القصاص فيهما جميعا وههنا يمكن وفيما اذا قطع اصبعا فشلت أخرى بجنبها لا يمكن فوجب القصاص فى الاولى والارش فى الثانية وجه ظاهر قولهما على نحو ما ذكرنا فيما تقدم أن المحل متعدد وانه يوجب تعدد الفعل عند تعدد الاثر وقد وجد ههنا فيجعل كجنايتين مختلفتين فيتعلق بكل واحدة منهما حكمها ولابى حنيفة رضى الله عنه انه لا سبيل الى استيفاء القصاص على وجه المماثلة لان ذلك هو القطع المسقط للاصبع وذلك غير ممكن ولان الجناية واحدة حقيقة فلا توجب الا ضمانا واحدا وقد وجب المال فلا يجب القصاص ولو قطع اصبع رجل عمدا فسقطت الكف من المفصل فلا قصاص فى ذلك فى قول أبى حنيفة رحمه الله وفيه دية اليد لان استيفاء المثل وهو القطع المسقط للكف متعذر فيمتنع الوجوب ولان الكف مع الاصبع كعضو واحد فكانت الجناية واحدة حقيقة وحكما وقد تعلق بهما ضمان المال فلا يتعلق بهما القصاص وقال أبو يوسف يقتص منه فتقطع يده من المفصل فرق أبو يوسف بين هذا وبين ما اذا قطع اصبعا فسقطت أخرى الى جنبها انه لا يجب القصاص فى الثانية لان الاصبع جزء من الكف والسراية تتحقق من الجزء الى الجملة كما تتحقق من اليد الى النفس والاصبعان عضوان مفردان ليس أحدهما جزء الآخر فلا تتحقق السراية من أحدهما الى الآخر فوجب القصاص فى الاولى دون الثانية وعلى ما روى محمد رحمه الله فى النوادر يجب القصاص ههنا أيضا كما قال أبو يوسف رحمه الله لانه جناية واحدة وقد سرت الى ما يمكن القصاص فيه فيجعل كانه قطع الكف من الزند ولو كسر بعض سن انسان فسقطت لا قصاص فيه فى قول أبى حنيفة عليه الرحمة لانه لا يمكن الاقتصاص بكسر مسقط للسن وقال أبو يوسف يجب القصاص كما قال فى الاصبع اذا قطعت فسقطت منها الكف وكذلك عند محمد يجب القصاص على رواية النوادر لما ذكرنا من أصله وكذلك لو ضرب سن انسان فتكسر بعضها وتحرك الباقى واستوفى حولا انها ان اسودت فلا قصاص فيها لتعذر استيفاء المثل وهو الكسر المسود وان سقطت فكذلك فى قول أبى حنيفة رحمه الله وفيها الارش لعدم امكان استيفاء المثل وهو الكسر المسقط فيجب فيها الارش وقال أبو يوسف فيها القصاص كما قال فى الاصبع اذا قطعت الكف ولو شج انسانا موضحة متعمدا فذهب منها بصره فلا قصاص فى قول أبى حنيفة وفيها وفى البصر الارش وقالا فى الموضحة القصاص وفى البصر الدية هذه رواية الجامع الصغير عن محمد وروى ابن سماعة فى نوادره عنه ان فيهما جميعا القصاص وجه هذه الرواية انه تولد من جناية العمد الى عضو يمكن فيه القصاص فيجب فيه القصاص كما اذا سرى الى النفس وجه ظاهر قولهما ان تلف البصر حصل من طريق التسبيب لا من طريق السراية بدليل أن الشجة تبقى بعد ذهاب البصر وحدوث السراية يوجب تغير الجناية كالقطع اذا سرى الى النفس انه لا يبقى قطعا بل يصير قتلا وهنا الشجة لم تتغير بل بقيت شجة كما كانت فدل ان ذهاب البصر ليس من طريق السراية بل من طريق التسبيب والجناية بطريق التسبيب لا توجب القصاص كما فى حفر البئر ونحو ذلك ولو ذهبت عيناه ولسانه وسمعه وجماعه فلا قصاص فى شئ من ذلك على أصل أبى حنيفة رضى الله عنه وعلى قولهما فى الموضحة القصاص ولا قصاص فى العينين فى ظاهر قولهما بل فيهما الارش وعلى رواية النوادر عن محمد فيهما القصاص دون اللسان والسمع والجماع لانه لا يمكن فيهما القصاص اذ لا قصاص فى ذهاب منفعة اللسان والسمع والجماع فى الشرع وفى ذهاب البصر قصاص فى الشريعة ولو ضربه بعصا فاوضحه ثم عاد فضربه أخرى الى جنبها ثم تآكلتا حتى صارت واحدة فهما موضحتان ولا قصاص فيهما أما على أصل أبى حنيفة رحمه

الله فلعدم امكان استيفاء المثل وهما شجتان موضحتان تآكل بينهما (وأما) على أصلهما فلأن ما تآكل بين الموضحتين تلف بسبب الجراحة والاتلاف تسبيبا لا يوجب القصاص والله سبحانه وتعالى الموفق ولا قصاص فى العين اذا قورت أو فسخت لأنا اذا فعلنا ما فعل وهو التقوير والفسخ لا يمكن استيفاء المثل اذ ليس له حد معلوم وان أذهبنا ضوءه فلم نفعل مثل ما فعل فتعذر الاستيفاء بصفة المماثلة فامتنع الوجوب وصار كمن قطع يد انسان من الساعد أنه لا يجب القصاص لأنه لا سبيل الى القطع من الساعد ولا من الزند لما قلنا فامتنع الوجوب كذا هذا وان ضرب عليها فذهب ضوءها مع بقاء الحدقة على حالها لم تنخسف ففيها القصاص لقوله تبارك وتعالى والعين بالعين ولأن القصاص على سبيل المماثلة ممكن بان يجعل على وجهه القطن المبلول وتحمى المرآة وتقرب من عينه حتى ذهب ضوءها وقيل أول من اهتدى الى ذلك سيدنا على رضى الله عنه وأشار الى ما ذكرنا فانه روى أنه وقعت هذه الحادثة فى زمن سيدنا عثمان رضى الله عنه فجمع الصحابة الكرام رضى الله تعالى عنهم وشاورهم فى ذلك فلم يكن عندهم حكمها حتى جاء سيدنا على رضى الله عنه وأشار الى ما ذكرنا فلم ينكر عليه أحد فقضى به سيدنا عثمان بمحضر من الصحابة الكرام رضى الله عنهم فيكون اجماعا وان انخسفت فلا قصاص لأن الثانى قد لا يقع خاسفا بها فلا يكون مثل الاول وروى عن أبى يوسف أنه لا قصاص فى عين الاحول لأن الحول نقص فى العين فيكون استيفاء الكامل بالناقص فلا تتحقق المماثلة ولهذا لا تقطع اليد الصحيحة باليد الشلاء كذا هذا ولا قصاص فى الاشفار والاجفان لأنه لا يمكن استيفاء المثل فيها (وأما) الاذن فان استوعبها ففيها القصاص لقوله تبارك وتعالى والاذن بالاذن ولأن استيفاء المثل فيها ممكن فان قطع بعضها فان كان له حد يعرف ففيه القصاص والا فلا (وأما) الانف فان قطع المارن ففيه القصاص بلا خلاف بين أصحابنا رحمهم الله لقوله سبحانه وتعالى والانف بالانف ولأن استيفاء المثل فيه ممكن لأن له حدا معلوما وهو ما لان منه فان قطع بعض المارن فلا قصاص فيه لتعذر استيفاء المثل وان قطع قصبة الانف فلا قصاص فيه لأنه عظم ولا قصاص فى العظم ولا فى السن لما نذكر ان شاء الله تعالى وقال أبو يوسف ان استوعب ففيه القصاص وقال محمد لا قصاص فيه وان استوعب ولا خلاف بينهما فى الحقيقة لأن أبا يوسف أراد استيعاب المارن وفيه القصاص بلا خلاف ومحمد رحمه الله أراد به استيعاب القصبة ولا قصاص فيها بلا خلاف (وأما) الشفة فقد روى عن أبى حنيفة انه قال اذا قطع شفة الرجل السفلى أو العليا وكان يستطاع أن يقتص منه ففيه القصاص وذكر الكرخى رحمه الله انه ان استقصاها بالقطع ففيها القصاص لامكان استيفاء المثل عند الاستقصاء وان قطع بعضها فلا قصاص فيه لعدم الامكان ولا قصاص فى عظم الا فى السن لأنه لا يعلم موضعه ولا يؤمن فيه عن التعدى أيضا وقد روى عنه عليه الصلاة والسلام انه لا قصاص فى عظم وفى السن القصاص سواء كسر أو قلع لقول الله تبارك وتعالى والسن بالسن ولأنه يمكن استيفاء المثل فيه بان يؤخذ فى الكسر من سن الكاسر مثل ما كسر بالمبرد وفى القلع يؤخذ سنه بالمبرد الى ان ينتهى الى اللحم ويسقط ما سوى ذلك وقيل فى القلع انه يقلع سنه لأن تحقق المماثلة فيه والاول استيفاء على وجه النقصان الا أن فى القلع احتمال الزيادة لأنه لا يؤمن فيه ان يفعل المقلوع أكثر مما فعل القالع (وأما) اللسان فان قطع بعضه فلا قصاص فيه لعدم امكان استيفاء المثل وان استوعب فقد ذكر فى الاصل أن اللسان لا يقتص فيه وقال أبو يوسف فيه القصاص وجه قوله أن القطع اذا كان مستوعبا أمكن استيفاء المثل فيه بالاستيعاب فيكون الجزاء مثل الجناية وجه ما ذكر فى الاصل أن اللسان ينقبض وينبسط فلا يمكن استيفاء القصاص فيه بصفة المماثلة وان قطع الحشفة ففيها القصاص لامكان استيفاء المثل لأن لها حدا معلوما وان قطع بعضها أو بعض الذكر فلا قصاص فيه لأنه لا حد لذلك فلا يمكن القطع بصفة المماثلة فصار كما لو قطع بعض اللسان ولو قطع الذكر من أصله ذكر فى الاصل انه لا قصاص فيه وقال أبو يوسف فيه القصاص وجه قوله ان عند الاستيعاب أمكن الاستيفاء على وجه المماثلة فيجب القصاص وجه ما ذكر فى الاصل أن الذكر ينقبض مرة وينبسط أخرى فلا يمكن مراعاة

المماثلة فيه فلا يجب القصاص ولا قصاص فى جز شعر الرأس وحلقه وحلق الحاجبين والشارب واللحية وان لم ينبت بعد الحلق والنتف (أما) الجز فلأنه لا يعلم موضعه فلا يمكن أخذ المثل (وأما) الحلق والنتف الموجود من الحالق والناتف فلان المستحق حلق ونتف غير منبت وذلك ليس فى وسع المحلوق والمنتوف لجواز أن يقع حلقه ونتفه منبتاً فلا يكون مثل الاول وذكر فى النوادر انه يجب القصاص اذا لم ينبت ولم يذكر حكم ثدى المرأة انه هل يجب فيه القصاص أم لا وكذا لم يذكر حكم الانثيين فى وجوب القصاص فيهما وينبغى أن لا يجب القصاص فيهما لان كل ذلك ليس له مفصل معلوم فلا يمكن استيفاء المثل (وأما) حلمة ثدى المرأة فينبغى أن يجب القصاص فيها لان لها حدا معلوما فيمكن استيفاء المثل فيها كالحشفة ولو ضرب على رأس انسان حتى ذهب عقله أو سمعه أو كلامه أو شمه أو ذوقه أو جماعه أو ماء صلبه فلا قصاص فى شئ من ذلك لأنه لا يمكنه ان يضرب ضربا تذهب به هذه الاشياء فلم يكن استيفاء المثل ممكنا فلا يجب القصاص وكذلك لو ضرب على يد رجل أو رجله فشلت لا قصاص عليه لانه لا يمكنه ان يضرب ضربا مثلا فلم يكن المثل مقدور الاستيفاء فلا يجب القصاص والله سبحانه وتعالى أعلم وأما الشجاج فلا خلاف فى أن الموضحة فيها القصاص لعموم قوله سبحانه وتعالى والجروح قصاص الا ما خص بدليل ولانه يمكن استيفاء القصاص فيها على سبيل المماثلة لان لها حدا تنتهى اليه السكين وهو العظم ولا خلاف فى أنه لا قصاص فيما بعد الموضحة لتعذر الاستيفاء فيه على وجه المماثلة لان الهاشمة تهشم العظم والمنقلة تهشم وتنقل بعد الهشم ولا قصاص فى هشم العظم لما بينا والآمة لا يؤمن فيها من أن ينتهى السكين الى الدماغ فلا يمكن استيفاء القصاص فى هذه الشجاج على وجه المماثلة فلا يجب القصاص بخلاف الموضحة (وأما) ما قبل الموضحة فقد ذكر محمد فى الاصل أنه يجب القصاص فى الموضحة والسمحاق والباضعة والدامية وروى الحسن عن أبى حنيفة رضى الله عنه أنه لا قصاص فى الشجاج الا فى الموضحة والسمحاق ان أمكن القصاص فى السمحاق وروى عن النخعى رحمه الله أنه قال ما دون الموضحة خدوش وفيها حكومة عدل وكذا روى عن عمر بن عبد العزيز رحمهما الله وعن الشعبى رحمه الله أنه قال ما دون الموضحة فيه أجرة الطبيب (وجه) رواية الحسن رحمه الله أن ما دون الموضحة مما ذكرنا لا حد له ينتهى اليه السكين فلا يمكن الاستيفاء بصفة المماثلة (وجه) رواية الاصل أن استيفاء المثل فيه ممكن لانه يمكن معرفة قدر غور الجراحة بالمسبار ثم اذا عرف قدره به يعمل حديدة على قدره فتنفذ فى اللحم الى آخرها فيستوفى منه مثل ما فعل ثم ما يجب فيه القصاص من الشجاج لا يقتص من الشاج الا فى موضع الشجة من المشجوج من مقدم رأسه ومؤخره ووسطه وجنبيه لان وجوب القصاص للشين الذى يلحق المشجوج وذا يختلف باختلاف المواضع من الرأس ألا ترى أن الشين فى مؤخر الرأس لا يكون مثل الشين الذى فى مقدمه ولهذا يستوفى على مساحة الشجة من طولها وعرضها ما أمكن لاختلاف الشين باختلاف الشجة فى الصغر والكبر وعلى هذا يخرج ما اذا شج رجلا موضحة فاخذت الشجة ما بين قرنى المشجوج وهى لا تأخذ ما بين قرنى الشاج لصغر رأس المشجوج وكبر رأس الشاج أنه لا يستوعب ما بين قرنى الشاج فى القصاص لان فى الاستيعاب استيفاء الزيادة وفيه زيادة شين وهذا لا يجوز ولكن يخير المشجوج ان شاء اقتص من الشاج حتى يبلغ مقدار شجته فى الطول ثم يكف وان شاء عدل الى الارش لانه وجد حقه ناقصا لان الشجة الاولى وقعت مستوعبة والثانية لا يمكن استيعابها فيثبت له الخيار فان شاء استوفى حقه ناقصا تشفيا للصدر وان شاء عدل الى الارش كما قلنا فى الاشل اذا قطع يد الصحيح فان اختار القصاص فله أن يبدأ من أى الجانبين شاء لان كل ذلك حقه فله أن يبتدئ من أيهما شاء وان كانت الشجة تأخذ ما بين قرنى المشجوج ولا تفضل وهى ما بين قرنى الشاج وتفضل عن قرنيه لكبر رأس المشجوج وصغر رأس الشاج فللمشجوج الخيار ان شاء أخذ الارش وان شاء اقتص ما بين قرنى الشاج لا يزيد على ذلك شيأ لانه لا سبيل الى استيفاء الزيادة على ما بين قرنى الشاج لانه ما زاد على ما بين قرنى المشجوج فلا يزاد على ما بين قرنيه فيخير المشجوج لانه وجد حقه ناقصا اذ الثانية دون الاولى فى قدر الجراحة فان شاء رضى

باستيفاء حقه ناقصا واقتصر على ما بين قرنى الشاج طلبا للتشفى وان شاء عدل الى الارش وان كانت الشجة لا تأخذ بين قرنى المشجوج وهى تأخذ ما بين قرنى الشاج لا يجوز أن يستوعب بين قرنى الشاج كله بالقصاص لان الشجة الاولى وقعت غير مستوعبة فالاستيعاب فى الجزء يكون زيادة وهذا لا يجوز وان كان ذلك مقدار شجته فى المساحة كما لا يجوز استيفاء ما فضل عن قرنى الشاج فى المسئلة الاولى وان كان ذلك مقدار الشجة الاولى فى المساحة وله الخيار لتعذر استيفاء مثل شجته فى مقدارها فى المساحة فى الطول فان شاء اقتص ونقص عما بين قرنى الشاج وان شاء ترك وأخذ الارش وان كانت الشجة فى طول راس المشجوج وهى تأخذ من جبهته الى قفاه ولا تبلغ من الشاج الى قفاه يخير المشجوج ان شاء اقتص مقدار شجته الى مثل موضعها من رأس الشاج لا يزيد عليه وان شاء أخذ الارش لما بينا فيما تقدم وحكى الطحاوى عن على بن العباس الرازى أنه قال اذا استوعبت الشجة ما بين قرنى المشجوج ولم تستوعب ما بين قرنى الشاج يقتص من الشاج ما بين قرنيه كله وان زاد ذلك على طول الشجة الاولى لانه لا عبرة للصغر والكبر فى القصاص بين العضوين كما فى اليدين والرجلين انه يجرى القصاص بينهما وان كانت احداهما أكبر من الاخرى فكذا فى الشجة وهذا الاعتبار غير سديد لان وجوب القطع هناك لفوات المنفعة وانها لا تختلف بالصغر والكبر ألا يرى أن اليد الصغيرة قد تكون أكثر منفعة من الكبيرة فاذا لم يختلف ما وجب له لم يختلف الوجوب بخلاف الشجة لان وجوب القصاص فيها للشين الذى يلحق المشجوج وانه يختلف فيزداد بزيادة الشجة وينتقص بنقصانها لذلك افترق الامر ان الله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب (وأما) الجراح فان مات من شئ منها المجروح وجب القصاص لان الجراحة صارت بالسراية نفسا وان لم يمت فلا قصاص فى شئ منها سواء كانت جائفة أو غيرها لانه لا يمكن استيفاء القصاص فيها على وجه المماثلة ومنها أن يكون الجانى والمجنى عليه حرين فان كان أحدهما حرا والآخر عبدا أو كانا عبدين فلا قصاص فيه ومنها أن يكونا ذكرين أو أنثيين عندنا فان كان أحدهما ذكرا والآخر أنثى فلا قصاص فيه عند أصحابنا وعند الشافعى رحمه الله هذا ليس بشرط ويجرى القصاص بين الذكر والانثى فيما دون النفس كما يجرى فى النفس وهذان الشرطان فى الحقيقة عندنا متداخلان لانهما دخلا فى شرط المماثلة لان المماثلة فى الاروش شرط وجوب القصاص فيما دون النفس بدليل أن الصحيح لا يقطع بالاشل ولا كامل الاصابع بناقص الاصابع ولما ذكرنا فيما تقدم أن ما دون النفس يسلك به مسلك الاموال والمماثلة فى الاموال فى باب الاموال معتبرة ولم توجد المماثلة بين الاحرار والعبيد فى الاروش لان ارش طرف العبد ليس بمقدر بل يجب باعتبار قيمته وارش طرف الحر مقدر فلا يوجد التساوى بين ارشيهما ولئن اتفق استواؤهما فى القدر فلا يعتبر ذلك لان قيمة طرف العبد تعرف بالحزر والظن بتقويم المقومين فلا تعرف المساواة فلا يجب القصاص وكذا لم يوجد بين العبيد والعبيد لانهم ان اختلفت قيمتهم فلم يوجد التساوى فى الارش وان استوت قيمتهم فلا يعرف ذلك الا بالحزر والظن لانه يعرف بتقويم المقومين وذلك يختلف فلا يعرف التساوى فى أروشهم فلا يجب القصاص أو تبقى فيه شبهة العدم والشبهة فى باب القصاص ملحقة بالحقيقة ولا بين الذكور والاناث فيما دون النفس لان ارش الانثى نصف ارش الذكر وعند الشافعى رحمه الله المساواة فى الاروش فى الاحرار غير معتبرة (وجه) قوله أن القصاص جرى بين نفسيهما فيجرى بين طرفيهما لان الطرف تابع للنفس (ولنا) أنه لا مساواة بين ارشيهما فلا قصاص فى طرفيهما كالصحيح مع الاشل ولا قصاص فى الاظفار لانعدام المساواة فى أروشها لان ارش الظفر الحكومة وانها معتبرة بالحزر والظن والله تعالى الموفق

﴿ فصل ﴾ وأما كون الجناية فيما دون النفس بالسلاح فليس بشرط لوجوب القصاص فيه فسواء كانت بسلاح أو غيره يجب فيه القصاص لانه ليس فيما دون النفس شبهة عمد وانما فيه عمد أو خطأ لما ذكرنا فيما تقدم فاستوى فيهما السلاح وغيره هذا الذى ذكرنا شرائط وجوب القصاص فيما دون النفس (وأما) بيان وقت الحكم بالقصاص فيما دون النفس فوقته ما بعد البرء فلا يحكم بالقصاص فيه ما لم يبرأ وهذا عندنا وعند الشافعى رحمه

الله

الله وقته ما بعد الجناية ولا ينتظر (وجه) قوله أنه وجب القصاص للحال فله أن يستوفى الواجب للحال (ولنا) ماروى انه عليه الصلاة والسلام قال لا يستقاد من الجراحة حتى يبرأ وروى أن رجلا جرح حسان بن ثابت رحمه الله فى فخذه بعظم فجاء الانصار الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فطلبوا القصاص فقال عليه الصلاة والسلام انتظروا ما يكون من صاحبكم فانا والله منتظره وهو انه يحتمل السراية والجراحة عند السراية تصير قتلا فيتبين أنه استوفى غير حقه وهذا فرع مسئلة ذكرناها وهى أن المجروح اذا مات بالجراحة يجب القصاص بالنفس عندنا لا فى الطرف وعند الشافعى رحمه الله يفعل به مثل ما فعل والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

﴿فصل﴾ وأما الذى فيه دية كاملة فالكلام فيه فى موضعين احدهما فى بيان سبب الوجوب والثانى فى بيان شرائطه أما السبب فهو تفويت المنفعة المقصودة من العضو على الكمال وذلك فى الاصل باحد أمرين ابانة العضو واذهاب معنى العضو مع بقاء العضو صورة أما الاول فالاعضاء التى تتعلق بانتهاء كمال الدية أنواع ثلاثة نوع لا نظير له فى البدن ونوع فى البدن منه اثنان ونوع فى البدن منه أربعة (أما) الذى لا نظير له فى البدن فستة أعضاء أحدها الانف سواء استوعب جدعا أو قطع المارن منه وحده وهو مالان من الانف والثانى اللسان سواء استوعب قطعاً أو قطع منه ما يذهب بالكلام كله والثالث الذكر سواء استوعب قطعاً أو قطع الحشفة منه وحدها والاصل فيه ماروى عن سعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال فى النفس الدية وفى اللسان الدية وفى الذكر الدية وفى الانف الدية وفى المارن الدية وروى أنه عليه الصلاة والسلام كتب فى كتاب عمرو ابن حزم فى النفس الدية وفى الانف الدية وفى اللسان الدية ولانه أبطل المنافع المقصودة من هذه الاعضاء والجمال أيضاً من بعضها فالمقصود من الانف الشم والجمال أيضاً ومن اللسان الكلام ومن الذكر الجماع والحشفة يتعلق بها منفعة الانزال وقد زال ذلك كله بالقطع وان كان ذهب بعض الكلام بقطع بعض اللسان دون بعض ففيه حكومة العدل لانه لم يوجد تفويت المنفعة على سبيل الكمال وقيل تقسم الدية على عدد حروف الهجاء فيجب من الدية بقدر ما فات من الحروف ونقلت هذه القضية عن سيدنا على رضى الله عنه لان المقصود من اللسان هو الكلام وقد فات بعضه دون بعض فيجب من الدية بقدر الفائت منها لكن انما يدخل فى القسمة الحروف التى تفتقر الى اللسان فاما ما لا يفتقر الى اللسان من الشفوية والحلقية كالباء والفاء والهاء ونحوهما فلا تدخل فى القسمة والرابع الصلب اذا احدودب بالضرب وانقطع الماء وهو المنى فيه دية كاملة لوجود تفويت منفعة الجنس والخامس مسلك البول والسادس مسلك الغائط من المرأة اذا أفضاها انسان فصارت لا تستمسك البول أو الغائط فعليه دية كاملة فان صارت لا تستمسكهما فعليه لكل واحد منهما دية كاملة لانه فوت منفعة مقصودة بالعضو على الكمال فيجب عليه كمال الدية (وأما) الاعضاء التى فى البدن منها اثنان فالعينان والاذنان والشفتان والحاجبان اذا ذهب شعرهما ولم ينبت والثديان والحلمتان والانثيان والاصل فيه ماروى عن ابن المسيب أنه عليه الصلاة والسلام قال وفى الاذنين الدية وفى العينين الدية وفى الرجلين الدية ولان فى القطع كل اثنين من هذين العضوين تفويت منفعة الجنس منفعة مقصودة أو تفويت الجمال على الكمال كمنفعة البصر فى العينين والبطش فى اليدين والمشى فى الرجلين والجمال فى الاذنين والحاجبين اذا لم ينبتا والشفتين ومنفعة امساك الريق فى احداهما وهى السفلى والثديان وكاء اللبن وفى الحلمتين منفعة الرضاع والانثيان وكاء المنى (وأما) الاعضاء التى منها أربعة فى البدن فنوعان أحدهما أشفار العينين وهى منابت الاهداب اذا لم تنبت لما فى تفويتها تفويت منفعة البصر والجمال أيضا على الكمال وفى كل شفر منها ربع الدية والثانى الاهداب وهى شعر الاشفار اذا لم تنبت لما قلنا (وأما) اذهاب معنى العضو مع بقاء صورته فنحو العقل والبصر والشم والذوق والجماع والايلاد بان ضرب على انسان فذهب عقله أو سمعه أو كلامه أو شمه أو ذوقه أو جماعه أو ايلاده بان ضرب على ظهره فذهب ماء صلبه والاصل فيه ماروى عن سيدنا عمر رضى الله عنه أنه قضى فى رجل واحد

بار بع ديات ضرب على رأسه فذهب عقله وكلامه وبصره وذكره لانه فوت المنافع المقصودة عن هذه الاعضاء على سبيل الكمال (أما) العقل فلان تفويته تفويت منافع الاعضاء كلها لانه لا يمكن الانتفاع بها فيما وضعت له بفوت العقل ألا ترى أن أفعال المجانين تخرج مخرج أفعال البهائم فكان اذهابه ابطالا للنفس معنى (وأما) السمع والبصر والكلام والشم والذوق والجماع والايلاد فكل واحد منها منفعة مقصودة وقد فوتها كلها ولو ضرب على رأس رجل فسقط شعره أو على رأس امرأة فسقط شعرها أو حلق لحية رجل أو نتفها أو حلق شعر امرأة ولم ينبت فان كان حرا ففيه الدية عند أصحابنا رضى الله عنهم وعند الشافعى فيه حكومة (وجه) قوله أنه لا يجب كمال الدية الا باتلاف النفس لان الدية بدل النفس الا أن الشرع ورد بذلك عند تفويت منفعة الجنس كما فى قطع اليدين والرجلين ونحو ذلك لان تفويت منفعة الجنس يجعل النفس تالفة من وجه ولم يوجد ذلك فى حلق الشعر فبقى الحكم فيه مردوداً الى الاصل ولهذا لم يجب فى حلق شعر سائر البدن (ولنا) أن الشعر للنساء والرجال جمال كامل وكذا اللحية للرجال والدليل عليه ماروى من الحديث ان الله تبارك وتعالى عز وجل خلق فى سماء الدنيا ملائكة من تسبيحهم سبحان الذى زين الرجال باللحى والنساء بالذوائب وتفويت الجمال على الكمال فى حق الحر يوجب كمال الدية كالمارن والاذن الشاخصة والجامع بينهما اظهار شرف الآدمى وكرامته وشرفه فى الجمال فوق شرفه فى المنافع ثم تفويت المنافع على الكمال لما أوجب كمال الدية فتفويت الجمال على الكمال أولى بخلاف شعر سائر البدن لانه لا جمال فيه على الكمال لانه لا يظهر للناس فتفويته لا يوجب كمال الدية وقد روى عن سيدنا على رضى الله عنه أنه قال فى الرأس اذا حلق فلم ينبت الدية كاملة وكذا روى عنه أنه قال فى اللحية اذا حلقت فلم تنبت الدية وروى أن رجلا أغلى ماء فصبه على رأس رجل فانسلخ جلد رأسه فقضى سيدنا على رضى الله عنه بالدية وعن الفقيه أبى جعفر الهندوانى أنه قال انما يجب كمال الدية فى اللحية اذا كانت كاملة بحيث يتجمل بها فاما اذا كانت طاقات متفرقة لا يتجمل بها فلا شئ فيها وان كانت غير متوفرة بحيث يقع بها الجمال الكامل وليست مما يشين ففيها حكومة عدل وأما شعر العبد ولحيته فذكر فى الاصل أن فيه حكومة وروى الحسن عن أبى حنيفة رضى الله عنه أن فيه القيمة (وجه) هذه الرواية أن القيمة فى العبيد كالدية فى الاحرار فلما وجبت فى الحر الدية تجب فى العبد القيمة (وجه) رواية الاصل أن الجمال فى العبيد ليس بمقصود بل المقصود منهم الخدمة وتفويت ما ليس بمقصود لا يتعلق به كمال الدية ولو حلق رأس انسان أو لحيته ثم نبت فلا شئ عليه لان النابت قام مقام الفائت فكانه لم يفت الجمال أصلا وفى الصعر وهو اعوجاج الرقبة كمال الدية لوجود تفويت منفعة مقصودة وتفويت الجمال على الكمال والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) شرائط الوجوب (فمنها) أن تكون الجناية خطأ فيما فى عمده القصاص وأما ما لا قصاص فى عمده فيستوى فيه العمد والخطأ وقد بينا ما فى عمده القصاص وما لا قصاص فيه فيما تقدم (ومنها) أن يكون المجنى عليه ذكراً فان كان أنثى فعليه دية أنثى وهو نصف دية الذكر سواء كان الجانى ذكراً أو أنثى لاجماع الصحابة رضى الله تعالى عنهم على ذلك وهو تنصيف دية الانثى من دية الذكر على ما ذكرنا فى دية النفس (ومنها) أن يكون الجانى والمجنى عليه حرين فان كان الجانى حراً والمجنى عليه عبداً فلا دية فيه وفيه القيمة فى قول أبى حنيفة رضى الله عنه ثم ان كان قليل القيمة وجبت جميع القيمة وان كان كثير القيمة بان بلغت الدية ينقص من قيمته عشرة كذا روى أبو يوسف رحمه الله تعالى عن أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه انه قال كل شئ من الحر فيه الدية فهو من العبد فيه القيمة وكل شئ من الحر فيه نصف الدية فهو من العبد فيه نصف القيمة وكذلك الجراحات وعموم هذه الرواية يقتضى أن كل شئ من الحر فيه قدر من الدية فمن العبد فيه ذلك القدر من قيمته من غير فصل بين ما يقصد به المنفعة كالعين واليد والرجل وبين ما يقصد به الجمال والزينة مثل الحاجب والشعر والاذن وهكذا روى الحسن رحمه الله عنه أنه ان حلق أحد حاجبيه فلم ينبت أو نتف أشفار عينيه الاسفل أو الاعلى يعنى اهدابه فلم تنبت أو قطع احدى شفتيه العليا أو السفلى أن عليه فى كل واحد من ذلك نصف القيمة وقال أبو يوسف

رجع أبو حنيفة فى حاجب العبد وفى أذنيه وقال فيه حكومة العدل وكذا قال محمد استقبح أبو حنيفة رحمه الله أن يضمن فى أذن العبد نصف القيمة وهذا دليل الرجوع أيضاً والحاصل أن الواجب فيما يقصد به المنفعة هو القيمة رواية واحدة عنه وفيما يقصد به الزينة والجمال عنه روايتان وقال محمد الواجب فى ذلك كله النقصان يقوم العبد مجنيا عليه و يقوم وليس به الجناية فيغرم الجانى ما بين القيمتين وهو قول أبى يوسف الآخر وقوله الاول مع أبى حنيفة (وجه) قول محمد ان مادون النفس من العبد له حكم المال لانه خلق لمصلحة النفس كالمال و بدليل انه لا يجب فيه القصاص ولا تتحمله العاقلة فكان ضمانه ضمان الاموال وضمان الاموال غير مقدر بل يجب بقدر نقصان المال كما فى سائر الاموال (وجه) رواية الجمع لابى حنيفة رضى الله عنه أن القيمة فى العبد كالدية فى الحر فلما جاز تقدير ضمان جناية الحر بديته جاز تقدير ضمان جناية العبد بقيمته ولان التقدير قد دخل على الجناية عليه فى النفس حتى لا يبلغ الدية اذا كان كثير القيمة فجاز ان يدخل فى ضمان الجناية فيما دون النفس كالحر (ووجه) رواية الفرق له أن الجمال ليس بمقصود فى العبيد بل المقصود منهم الخدمة فاما المنفعة فمقصودة من الاحرار والعبيد جميعا ولان مادون النفس من العبيد له شبه النفس وشبه المال أما شبه النفس فظاهر لانه من أجزاء النفس حقيقة (وأما) شبه المال فانه لا يجب فيه القصاص ولا تتحمله العاقلة فيجب العمل بالشبهين فيعمل بشبه النفس فيما يقصد به المنفعة بتقدير ضمانه بالقيمة كما لو جنى على النفس و يعمل بشبه المال فيما يقصد به الجمال فلم يقدر ضمانه بالقيمة كما اذا أتلف المال عملا بالشبهين بقدر الامكان وقد خرج الجواب عما ذكر محمد من عدم وجوب القصاص وتحمل العاقلة لان ذلك عمل بشبه المال وانه لا ينفى العمل بشبه النفس فيجب العمل بهما جميعاً وذلك فيما قلنا ثم الحر اذا فقأ عينى عبد انسان أو قطع يديه أو رجليه حتى وجب عليه كمال القيمة فمولاه بالخيار ان شاء سلمه الى الفاقئ وأخذ قيمته وان شاء أمسكه ولا شئ له وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله له أن يمسكه و يأخذ ما نقصه وقال الشافعى رحمه الله له ان يمسكه و يأخذ جميع القيمة (وجه) قوله أن الواجب فيه وهو القيمة ضمان العضو ين الفائتين لا غير فيبقى الباقى على ملكه كما لو فقأ احدى عينيه أو قطع احدى يديه أنه يضمن نصف قيمته و يبقى الباقى على ملك مالكه كذا هذا (وجه) قولهما أن الضمان بمقابلة العينين كما قال الشافعى عليه الرحمة لكن الرقبة هلكت من وجه لفوات منفعة الجنس فيخير المولى ان شاء مال الى جهة الهلاك وضمنه القيمة وسلم العبد الى الفاقئ لوصول عوض الرقبة اليه وان شاء مال الى جهة القيام وأمسكه وضمن النقصان وهو بدل العينين كما يخير صاحب المال عند النقصان الفاحش فى المواضع كلها ولابى حنيفة رضى الله عنه انه لما وصل الى المولى بدل النفس فلو بقى العبد على ملكه لاجتمع البدل والمبدل فى ملك رجل واحد فيما يصح تمليكه بعقود المعاوضات وهذا لا يجوز كما لا يجوز اجتماع المبيع والثمن فى ملك رجل واحد ولا يلزم ما اذا غصب مدبراً فابق من يده أن المولى يضمنه قيمته والمدبر على ملكه لانه لا يحتمل التمليك بعقد المعاوضة ولا تلزم الهبة بشرط العوض اذا سلم الهبة ولم يقبض العوض انه اجتمع على ملك الموهوب له العوض والمعوض لان العوض قبل القبض لا يكون عوضا فلم يجتمع العوض والمعوض ولا يلزم البيع الفاسد اذا قبض المشترى المبيع ولم يسلم الثمن لان الثمن ليس ببدل فى البيع الفاسد انما البدل القيمة وقد ملكها البائع حين ملك المشترى المبيع فلم يجتمع البدل والمبدل فى ملكه ولا يلزم ما اذا اشترى عبداً بجارية على انه بالخيار فقبض العبد فاعتقهما جميعا أنه ينفذ اعتاقه فيهما جميعاً وقد اجتمع العوض والمعوض على ملكه لانه لما عتقهما فسد البيع فى الجارية وصار العوض عن العبد القيمة وملكها البائع فى مقابلة ملك العبد فلم يجتمع العوض والمعوض ولا يلزم ما اذا استأجر شيئا وعجل الاجرة ان المؤاجر يملكها والمنافع على ملكه فقد اجتمع البدل والمبدل فى ملك واحد لان المنافع لا تملك عندنا الا بعد وجودها وكلما وجد جزء منها حدث على ملك المستأجر فلم يجتمع العوض والمعوض على ملك المؤاجر ولا يلزم ما اذا غصب عبداً فجنى عنده جناية ثم رده على مولاه فجنى عنده

جناية أخرى ودفعه بالجنايتين أنه يرجع على الغاصب بنصف القيمة فيدفعها الى ولى الجناية الاولى ومعلوم أن نصف القيمة عوض عن نصف الرقبة الذى سلم له فقد اجتمع فى ملكه وهو نصف العبد العوض والمعوض لان الممتنع اجتماع العوض والمعوض فى ملك رجل بعقد المعاوضة ولم يوجد هناك لان ولى الجناية انما يأخذ عوضاً عن جنايته لا عن المال واجتماع العوض والمعوض فى ملك رجل واحد بغير عقد المعاوضة جائز كمن استوهب المبيع من البائع والثمن من المشترى أو ورثهما والله سبحانه وتعالى أعلم وان كان الجانى عبداً والمجنى عليه حراً أو كانا جميعاً عبدين فحكم هذه الجناية وجوب الدفع الا أن يختار المولى الفداء على ما ذكرنا فى جنايات العبيد والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما الذى يجب فيه ارش مقدر ففى كل اثنين من البدن فيهما كمال الدية فى أحدهما نصف الدية من احدى العينين واليدين والرجلين والاذنين والحاجبين اذا لم تنبت والشفتين والانثيين والثديين والحلمتين لما روى انه عليه الصلاة والسلام كتب فى كتاب عمرو بن حزم وفى العينين الدية وفى احداهما نصف الدية وفى اليدين الدية وفى احداهما نصف الدية ولان كل الدية عند قطع العضوين يقسم عليهما فيكون فى أحدهما النصف لان وجوب الكل فى العضوين لتفويت كل المنفعة المقصودة من العضوين والفائت بقطع أحدهما النصف فيجب فيه نصف الدية ويستوى فيه اليمين واليسار لان الحديث لا يوجب الفصل بينهما وسواء ذهب بالجناية على العين نور البصر دون الشحمة أو ذهب البصر مع الشحمة لان المقصود من العين البصر والشحمة فيه تابعة وكذا العليا والسفلى من الشفتين سواء عند عامة الصحابة رضوان الله تعالى عنهم وروى عن زيد بن ثابت رضى الله عنه انه فصل بينهما فاوجب فى السفلى الثلثين وفى العليا الثلث لزيادة جمال فى العليا ومنفعة فى السفلى وبقية الصحابة سووا بينهما وهو قول جماعة من التابعين مثل شريح وابراهيم رضى الله عنهما وغيرهما سواء قطع الحلمة من ثدى المرأة أو قطع الثدى وفيه الحلمة ففيه نصف الدية للحلمة والثدى تبع لان المقصود من الثدى وهو منفعة الرضاع يفوت بفوات الحلمة وسواء كان ذلك بضربة أو ضربتين اذا كان قبل البرء من الاولى لان الجناية لا تستقر قبل البرء فاذا اتبعها الثانية قبل استقرارها صار كأنه أوقعهما معاً وفى أصابع اليدين والرجلين فى كل واحدة منها عشر الدية وهى فى ذلك سواء لا فضل لبعض على بعض والاصل فيه ما روى عنه صلى الله عليه وسلم انه قال فى كل اصبع عشر من الابل من غير فصل بين اصبع واصبع وروى عن عبد الله بن عباس رضى الله عنهما انه قال هذه وهذه سواء وأشار الى الخنصر والابهام وسواء قطع أصابع اليد وحدها او قطع الكف ومعها الاصابع وكذلك القدم مع الاصابع لما روى عنه عليه الصلاة والسلام انه قال فى الاصابع فى كل اصبع عشر من الابل من غير فصل بين ما اذا قطع الاصابع وحدها أو قطع الكف التى فيها الاصابع ولان الاصابع أصل والكف تابعة لها لان المنفعة المقصودة من اليد البطش وانها تحصل بالاصابع فكان اتلافها اتلافا لليد وسواء قطع الاصابع أو شل من الجراحة أو يبس ففيه عقله تاما لان المقصود منه يفوت وما كان من الاصابع فيه ثلاث مفاصل ففى كل مفصل ثلث دية الاصبع وما كان فيه مفصلان ففى كل واحد منهما نصف دية الاصبع لان ما فى الاصبع ينقسم على مفاصلها كما ينقسم ما فى اليد على عدد الاصابع وفى احدى أشفار العينين ربع الدية وفى الاثنين نصف الدية وفى الثلاث ثلاثة أرباع الدية ان لم ينبت لان فى الاشفار كلها كل الدية فتقسم الدية على عددها كما تقسم الدية على اليدين وان نبت فلا شئ فيه وسواء قطع الشفر وحده أو قطع معه الجفن لان الجفن تبع للشفر كالكف والقدم للاصابع وكذا اهداب العينين اذا لم تنبت حكمها حكم الاشفار وفى كل سن خمس من الابل يستوى فيه المقدم والمؤخر والثنايا والاضراس والانياب والاصل فيه ما روى عنه عليه الصلاة والسلام انه قال فى كل سن خمس من الابل من غير فصل بين سن وسن ومن الناس من فضل ارش الطواحن على ارش الضواحك وهذا غير سديد لان الحديث

لا يوجب

لا يوجب الفضل وهذا لا يجرى على قياس الاصابع لان الشرع ورد فى كل سن بخمس من الابل لان الاسنان اثنان وثلاثون فيزيد الواجب فى جملتها على قدر الدية ولو ضرب رجلا ضربة فالقى أسنانه كلها فعليه دية وثلاثة اخماس الدية لان جملة الاسنان اثنان وثلاثون سنا عشرون ضرسا وأربعة أنياب وأربع ثنايا وأربع ضواحك فى كل سن نصف عشر الدية فيكون جملتها ستة عشر ألف درهم وهى دية وثلاثة اخماس دية تؤدى هذه الجملة فى ثلاث سنين فى السنة الاولى ثلثا الدية ثلث من ذلك من الدية الكاملة وهى عشرة آلاف درهم وثلث من ثلاثة اخماس الدية وهى ستة آلاف درهم وفى السنة الثانية الثلث من الدية الكاملة والباقى من ثلاثة أخماس الدية وفى السنة الثالثة ثلث الدية وهو ما بقى من الدية الكاملة وانما كان كذلك لان الدية الكاملة تؤدى فى ثلاث سنين فى كل سنة ثلثها وثلاثة اخماس الدية وهى ستة آلاف درهم تؤدى فى سنتين من السنين الثلاث وهذا يلزم أن يكون قدر المؤدى من الدية الكاملة والناقصة فى السنتين الاوليين وقدر المؤدى من الدية الكاملة فى السنة الثالثة ما وصفنا والله سبحانه وتعالى أعلم ولو ضرب أسنان رجل وتحركت ينتظر بها حولا لما روى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال يستأنى بالجراح حتى تبرأ والتقدير بالسنة لانها مدة يظهر فيها حقيقة حالها من السقوط والتغير والثبوت وسواء كان المضروب صغيراً أو كبيراً كذا روى فى المجرد عن أبى حنيفة رضى الله عنه أنه يؤجل سنة سواء كان صغيراً أو كبيرا وقال أبو يوسف رحمه الله ينتظر فى الصغير ولا ينتظر فى الرجل وعن محمد رحمه الله أنه ينتظر اذا تحركت واذا سقطت لا ينتظر وجه قوله أن السن اذا تحركت قد تثبت وقد تسقط فاما اذا سقطت فالظاهر انها لا تثبت وجه قول أبى يوسف فى الفرق بين الصغير والكبير أن سن الصغير يثبت ظاهراً وغالباً وسن الكبير لا تثبت ظاهرا وجه قول أبى حنيفة رضى الله عنه أن احتمال النبات ثابت فيجب التوقف فيه فان اشتدت ولم تسقط فلا شئ فيها وروى عن أبى يوسف رحمه الله فيها حكومة عدل وان تغيرت فان كان التغير الى السواد أو الى الحمرة أو الى الخضرة ففيها الارش تاماً لانه ذهبت منفعتها وذهاب منفعة العضو بمنزلة ذهاب العضو وان كان التغير الى الصفرة ففيها حكومة العدل وروى عن أبى حنيفة رضى الله عنه انه ان كان حرا فلا شئ فيه وان كان مملوكا ففيه الحكومة وهذه الرواية لا تكاد تصح عنه لان الحر أولى بايجاب الارش من العبد وقال زفر رحمه الله فى الصفرة الارش تاماً كما فى السواد لان كل ذلك يفوت الجمال (ولنا) أن الصفرة لا توجب فوات المنفعة وانما توجب نقصانها فتوجب حكومة العدل وروى عن أبى يوسف انه ان كثرت الصفرة حتى تكون عيباً كعيب الحمرة والخضرة ففيها عقلها تاماً ويجب أن يكون هذا قولهم جميعا وان سقطت فان نبت مكانها أخرى ينظر ان نبتت صحيحة فلا شئ فيها فى قول أبى حنيفة رضى الله عنه وقال أبو يوسف رحمه الله عليه الارش كاملا كذا ذكر الكرخى رحمه الله وذكر القاضى فى شرحه مختصر الطحاوى رحمه الله أن على قول أبى يوسف فيها حكومة العدل وجه قول أبى يوسف أنه فوت السن والنابت لا يكون عوضا عن الفائت لان هذا العوض من الله تبارك وتعالى فلا يسقط به الضمان الواجب كمن أتلف مال انسان ثم ان الله تبارك وتعالى رزق المتلف عليه مثل المتلف ولابى حنيفة رحمه الله أن السن يستأنى بها فلولا أن الحكم يختلف بالنبات لم يكن للاستيناء فيه معنى لانه لما نبتت فقد عادت المنفعة والجمال وقامت الثانية مقام الاولى كان الاولى قائمة كسن الصبى هذا اذا نبتت بنفسها فاما اذا ردها صاحبها الى مكانها فاشتدت ونبت عليها اللحم فعلى القالع الارش بكماله لان المعادة لا ينتفع بها لانقطاع العروق بل يبطل بأدنى شئ فكانت اعادتها والعدم بمنزلة واحدة ولهذا اجعلها محمد فى حكم الميتة حتى قال ان كانت أكثر من قدر الدرهم لم تجز الصلاة معها وأبو يوسف رحمه الله فرق بين سن نفسه وسن غيره فأجاز الصلاة فى سن نفسه دون سن غيره وعلى هذا اذا قطع أذنه فخاطها فالتحمت انه لا يسقط عنه الارش لانها لا تعود الى ما كانت عليه فلا يعود الجمال هذا اذا نبتت مكانها أخرى صحيحة فاما اذا نبتت معوجة ففيها حكومة العدل بالاجماع وان نبتت متغيرة بان نبتت سوداء أو حمراء او خضراء أو صفراء فحكمها حكم ما لو كانت قائمة فتغيرت بالضربة لان النابت قام مقام

الذاهب فكان الاولى قائمة وتغيرت وقد بينا حكم ذلك (وأما) سن الصبي اذا ضرب عليها فسقطت فان كان قد ثغر فسنه وسن البالغ سواء وقد ذكرناه وان كان قبل ان يثغر فان لم تنبت أو نبتت متغيرة فكذلك وان نبتت صحيحة فلا شيء فيها في قول أبي حنيفة رضي الله عنه كما في سن البالغ وفي قول أبي يوسف رحمه الله فيها حكومة الالم فرق أبو يوسف على ما ذكره الكرخي رحمه الله بين سن البالغ والصبي لان سن الصبي اذا لم يثغر لا نبات له الا على شرف السقوط بخلاف سن البالغ وهذه فريعة مسألة الشجة اذا التحمت ونبت الشعر عليها أنه لا شيء على الشاج في قول أبي حنيفة وعند أبي يوسف عليه الرحمة فيها حكومة الالم وعند محمد عليه الرحمة فيها أجرة الطبيب والمسألة تأتي في بيان حكم الشجاج ان شاء الله تعالى ولو ضرب على سن انسان فتحرك فأجله القاضي سنة ثم جاء المضروب وقد سقطت سنه فقال انما سقطت من ضربتك وقال الضارب ما سقطت بضربتي فالمضروب لا يخلو (اما) ان جاء في السنة (واما) أن جاء بعد مضي السنة فان جاء في السنة فالقياس أن يكون القول قول الضارب وفي الاستحسان القول قول المضروب ولو شج رأس انسان موضحة فصارت منقلة فاختلفا في ذلك فقال المشجوج صارت منقلة بضربتك وعليك ارش المنقلة وقال الشاج لا بل صارت منقلة بضربة أخرى حدثت فالقياس على السن ان يكون القول قول الشاج وفي الاستحسان القول قول المشجوج وللقياس وجهان أحدهما أن المضروب والمشجوج يدعيان على الضارب والشاج الضمان وهما ينكران والقول قول المنكر مع يمينه والثاني انه وقع التعارض بين قوليهما والضمان لم يكن واجبا فلا تجب بالشك والى هذا أشار محمد في الاصل فقال استحسن في السن لورود الاثر والاثر عن ابراهيم النخعي رحمه الله وللاستحسان وجهان من الفرق أحدهما أن الظاهر شاهد للمضروب في مسألة السن لان سبب السقوط حصل من الضارب وهو الضرب المحرك لان التحرك سبب السقوط فكان الظاهر شاهداً للمضروب بخلاف الشجة لان الشجة الموضحة لا تكون سبباً لصيرورتها منقلة فلم يكن الظاهر شاهداً له والقول قول من يشهد له الظاهر والثاني أنه لما جرى التأجيل حولا في السن والتأجيل مدة الحول لانتظار ما يكون من الضربة فاذا جاء في الحول وقد سقطت سنه فقد جاء بما وقع له الانتظار من الضربة في مدة الانتظار فكان الظاهر شاهدا له (فاما) الشجة فلم يتقدر في انتظارها وقت فكان القول قول الشاج في قدر الشجة وان جاء بعد مضي السنة فالقول قول الضارب لان التأجيل مدة الحول لاستقرار حال السن لظهور حالها في هذه المدة عادة فاذا لم يجئ دل على سلامتها عن السقوط بالضربة فكان السقوط محالا الى سبب حادث فكان الظاهر شاهداً للضارب أو لم يشهد لاحدهما فيبقى المضروب مدعيا ضمانا على الضارب وهو ينكر فالقول قوله أو يقع التعارض فيقع الشك في وجوب الضمان والضمان لا يجب بالشك وكذا على الوجه الثاني زمان ما بعد الحول لم يجعل لانتظار حال السن فاحتمل السقوط من ضربة أخرى من غيره واحتمل من ضربته فلا يمكن القول بوجوب الضمان مع وقوع الشك في وجوبه والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب (وأما) الشجاج فالكلام في الشجة يقع في موضعين أحدهما في بيان حكمها بنفسها والثاني في بيان حكمها بغيرها أما الاول فالموضحة اذا برئت وبقي لها أثر ففيها خمس من الابل وفي الهاشمة عشر وفي المنقلة خمسة عشر وفي الآمة ثلث الدية هكذا روى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال في الموضحة خمس من الابل وفي الهاشمة عشر وفي المنقلة خمسة عشر وفي الآمة ثلث الدية وليس فيما قبل الموضحة من الشجاج ارش مقدر وان لم يبق لها أثر بان التحمت ونبت عليها الشعر فلا شيء فيها في قول أبي حنيفة رضي الله عنه وقال أبو يوسف عليه حكومة الالم وقال محمد عليه أجرة الطبيب (وجه) قوله أن أجرة الطبيب انما لزمته بسبب هذه الشجة فكأنه أتلف عليه هذا القدر من المال ولابي يوسف أن الشجة قد تحققت ولا سبيل الى اهدارها وقد تعذر ايجاب ارش الشجة فيجب ارش الالم (وجه) قول أبي حنيفة رحمه الله ان الارش انما يجب بالشين الذي يلحق المشجوج بالاثر وقد زال ذلك فسقط الارش

والقول بلزوم حكومة الالم غير سديد لان مجرد الالم لا ضمان له فى الشرع كمن ضرب رجلا ضربا وجيعا وكذا ايجاب أجرة الطبيب لان المنافع على أصل أصحابنا رضى الله عنهم لا تتقوم مالا بالعقد أو شبهة العقد ولم يوجد فى حق الجانى العقد ولا شبهته فلا يجب عليه أجرة الطبيب (وأما) حكمها بغيرها بان شج رأس انسان موضحة فسقط شعر رأسه أوذهب عقله أو بصره أو سمعه أو كلامه أو شمه أو ذوقه أو جماعه أو ايلاده فلا شك فى انه يجب عليه ارش هذه الاشياء وهل يجب عليه ارش الموضحة أم يدخل فى ارشها عندهما لا يدخل ارش الموضحة الا فى الشعر والعقل ولا يدخل فيما وراء ذلك وقال أبو يوسف رحمه الله فى الاملاء يدخل فى الكل الا فى البصر وقال الحسن بن زياد رحمه الله لا يدخل الا فى الشعر فقط وقال زفر رحمه الله لا يدخل فى شئ من ذلك أصلا (وجه) قوله أن الشجة واذهاب الشعر والعقل وغيرهما جنايتان مختلفتان فلا يدخل احداهما فى الاخرى كسائر الجنايات من قطع اليدين والرجلين ونحو ذلك (وجه) قول الحسن رحمه الله انهما جنايتان اختلف محلهما والمقصود منهما فلا يدخل ارش احداهما فى الاخرى كارش اليدين والرجلين ولابى يوسف أن السمع والكلام والشم والذوق ونحوها من البواطن فيدخل فيها ارش الموضحة كالعقل (وأما) البصر فظاهر فلا يدخل فيه الموضحة كاليد والرجل وهذا الفرق يبطل بالشعر لانه ظاهر ويدخل ارش الموضحة فيه ولابى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى الفرق بين الشعر والعقل وبين غيرهما ووجهه أن فى الشعر الجناية حلت فى عضو واحد بفعل واحد بسبب واحد (وأما) اتحاد العضو فلا شك فيه لان كل ذلك حصل فى الرأس (وأما) العقل فلانه لم يوجد منه الا الشجة (وأما) اتحاد السبب فلان دية الشعر تجب بفوات الشعر وارش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر فكان سبب وجوبها واحدا فيدخل الجزء فى الكل كما اذا قطع رجل اصبع رجل فشلت اليد ان ارش الاصبع يدخل فى دية اليد كذا هذا وفى العقل الواجب دية النفس من حيث المعنى لان جميع منافع النفس يتعلق به فكان تفويته تفويت النفس معنى فكان الواجب دية النفس فيدخل فيه ارش الموضحة كما اذا شج رأسه موضحة فسرى الى النفس فمات والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) السمع والبصر والكلام ونحوها فقد اختلف السبب والمحل لان سبب الوجوب فى كل واحد منهما تفويت المنفعة المقصودة منه فاختلف المحل والسبب والمقصود فامتنع التداخل وقد روى عن سيدنا عمر رضى الله عنه انه قضى فى شجة واحدة باربع ديات فان اختلفا فى ذهاب البصر والسمع والكلام والشم فطريق معرفتها اعتراف الجانى وتصديق المجنى عليه أو نكوله عن اليمين وقد يعرف البصر بنظر الاطباء بان ينظر اليه طبيبان عدلان لانه ظاهر تمكن معرفته وقد قيل يمتحن بالقاحية بين يديه وفى السمع يستغفل المدعى كما روى عن اسماعيل بن حماد ابن أبى حنيفة رضى الله تعالى عنهم ان رجلا ضرب امرأة فادعت عنده ذهاب سمعها فتشاغل عنها بالنظر فى القضاء ثم التفت اليها وقال ياهذه غطى عورتك فجمعت ذيلها فعلم انها كاذبة فى دعواها وفى الكلام يستغفل أيضا وفى الشم يختبر بالروائح الكريهة وسواء ذهب جميع هذه الاشياء بالشجة أو ذهب بعضها دون البعض الاجتماع والافتراق فى هذا سواء لان التداخل فيما يجرى فيه التداخل ليس للكثرة بل لما ذكرنا من المعنى وانه لا يوجب الفصل بين الاجتماع والافتراق ولا تدخل ديات هذه الاشياء بعضها فى بعض الا عند السراية انه يسقط ذلك كله وعليه دية النفس لا غير لما ذكرنا ان كل واحد من هذه الاشياء من السمع والبصر والكلام ونحوها أصل بنفسه لاختصاصه بمحل مخصوص ومنفعة مقصودة فلا يجعل تبعا لصاحبه فى الارش وانما دخلت ارشها فى دية النفس عند السراية لان الاعضاء كلها تابعة للنفس فتدخل ارشها فى دية النفس ثم ان كان الاول خطأ تتحمل العاقلة وان كان عمدا فدية النفس فى ماله وكل ذلك فى ثلاث سنين وسواء كانت الشجة موضحة أو هاشمة أو منقلة أو آمة فالشجاج كلها فى التداخل سواء لان المعنى لا يوجب الفصل وسواء قلت الشجاج أو كثرت بعد أن لا يجاوز ارشها الدية حتى لو كانت آمتين أو ثلاث أوام وذهب منها الشعر أو العقل يدخل ارشها فى الشعر والعقل وان كانت أربع أوام

يدخل قدر الدية لا غير و يجب فيها دية وثلث دية لان الكثير لا يتبع القليل فيما دون النفس وعلى قول زفر رحمه الله عليه ديتان وثلث دية لانه لا يرى التداخل فى الشجاج أصلا و رأسا ولو سقط بالموضحة بعض شعر رأسه ينظر الى ارش الموضحة والى حكومة العدل فى الشعر فان كانا سواء لا يجب الا ارش الموضحة وان كان أحدهما أكثر يدخل الاقل فى الا كثر أيهما كان لانهما يجبان لمعنى واحد فيتداخل الجزء فى الجملة ولو كانت الشجة فى حاجبه فسقط ولم ينبت يدخل ارش الموضحة فى ارش الحاجب وهو نصف الدية كما يدخل فى ارش الشعر لما قلنا وهذه المسائل من الشجاج الخطأ (فاما) اذا كانت الشجة عمداً فذهب منها العقل أو الشعر أو السمع أو غيره ففيه خلاف ذكرناه فيما تقدم والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ ومما يلحق بمسائل التداخل ما اذا قطعت اليد وفيها اصبع واحدة أو اصبعان أو ثلاث أو أكثر من ذلك أو أقل وجملة الكلام فيه انه اذا قطع الكف وفيها ثلاث أصابع فصاعداً تجب دية الاصابع ولا شىء فى الكف فى قولهم جميعا لان الكف تبع لجميع الاصابع بدليل انه اذا قطع الكف يجب عليه ارش الاصابع لا غير ولا يجب لاجل الكف شىء فاذا بقى أكثر الاصابع فللا كثر حكم الكل وان بقى من الكف أقل من ثلاث أصابع يجب ارش ما بقى منها وان كان مفصلا واحداً ولا يجب فى الكف شىء فى قول أبى حنيفة والاصل عند أبى حنيفة رحمه الله انه اذا بقى من الاصابع شىء له ارش معلوم ولو مفصلا واحدا دخل ارش اليد فيه حتى لو لم يكن فى الكف الا ثلث مفصل من أصبع فيها ثلاث مفاصل فقطع انسان الكف فعليه ثلث خمس دية اليد ولو كان فيها اصبع واحدة فعليه خمس دية اليد ولو كان فيها أصبعان فعليه خمسا دية اليد وفى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى فى الرواية المشهورة عنهما يدخل القليل فى الكثير أيهما كان فينظر الى حكومة الكف والى ارش ما بقى من الاصابع فيدخل أقلهما فى أكثرهما أيهما كان لان القليل يتبع الكثير لا عكسا فيدخل القليل فى الكثير ولا يدخل الكثير فى القليل (وجه) قول أبى حنيفة رحمه الله ان ما بقى من الاصابع أو من مفاصلها فهو أصل لان له ارشا مقدراً والكف ليس لها ارش مقدر وهى متصلة بالاصابع فيتبعها فى ارشها كما يتبع جميع الاصابع أو أكثرها ونظير هذا ما قالوا فى القسامة انه ما بقى واحد من أهل المحلة فالقسامة عليهم لا على المشترين وكذلك الوصية لولد فلان أنه ما بقى له ولد من صلبه وان كان واحدا لا يدخل ولد الولد فى الوصية وقال أبو يوسف اذا قطع كفاً لا أصابع فيها فعليه حكومة لا يبلغ بها ارش اصبع لان الواحدة يتبعها الكف فى قول أبى حنيفة رحمه الله والتبع لا يساوى المتبوع فى الارش ولو قطع اليد مع الذراع من المفصل خطأ ففى الكف مع الاصابع الدية وفى الذراع حكومة العدل فى قولهما وقال أبو يوسف تجب دية اليد والذراع تبع وهو قول ابن أبى ليلى رحمه الله واحتجا بقوله عليه الصلاة والسلام وفى اليدين الدية وفى احداهما نصف الدية واليد عبارة عن العضو المخصوص من رؤس الاصابع الى المنكب ولان ما ليس له ارش مقدر اذا اتصل بما له ارش مقدر يتبعه فى الارش كالكف مع الاصابع (وجه) قولهما أن الدية انما تجب فى الاصابع والكف تابعة للاصابع بدليل انه اذا أفرد الاصابع بالقطع يجب نصف الدية ولو قطعها مع الكف لا يجب الا نصف الدية أيضاً فلو جعل الذراع تبعا لكان لا يخلو اما ان يجعل تبعاً للاصابع (واما) أن يجعل تبعاً للكف لا سبيل الى الاول لان بينهما عضو فاصل وهو الكف فلا يكون تبعاً لها ولا وجه للثانى لان الكف تابعة فى نفسها فلا تستتبع غيرها وعلى هذا الخلاف اذا قطع اليد من المنكب والرجل من الورك أو قطع اليد من العضد والرجل من الفخذ والاصل عند أبى حنيفة ومحمد عليهما الرحمة ان أصابع اليد لا يتبعها الا الكف فلا يدخل فى ارشها غير ارش الكف وكذلك أصابع الرجل لا يتبعها غير القدم فلا يدخل فى ارشها غير ارش القدم والاصل عند أبى يوسف وابن أبى ليلى ان ما فوق الكف من اليد تبع وكذا ما فوق القدم من الرجل تبع فيدخل ارش التبع فى المتبوع كما يدخل ارش الكف فى الاصابع (وأما) الجراح ففى الجائفة ثلث الدية لما روى عنه عليه الصلاة

والسلام

والسلام انه قال فى الجائفة ثلث الدية فان نفذت الى الجانب الآخر فهما جائفتان وفيهما ثلثا الدية وقدروى عن سيدنا أبى بكر الصديق أنه حكم فى جائفة نفذت الى الجانب الآخر بثلثى الدية وكان ذلك بمحضر من الصحابة الكرام ولم ينقل انه خالفه فى ذلك أحد منهم فيكون اجماعا وعلى هذا يخرج ما اذا رمى امرأة بحجر فأصاب فرجها فافضاها به بان جعل موضع البول والغائط واحدا وهى تستمسك البول ان عليه ثلث الدية لان هذا فى معنى الجائفة وجملة الكلام ان المفضاة لا يخلو (اما) ان كانت أجنبية (واما) ان كانت زوجته والافضاء لا يخلو (اما) أن يكون بالآلة (واما) أن يكون بالحجر أو بالخشب أو الاصبع وما يجرى مجراه فان كانت أجنبية والافضاء بالآلة فان كانت مطاوعة ولم يوجد دعوى الشبهة لا من الرجل ولا من المرأة فعليهما الحد لوجود الزنا منهما ولا مهر على الرجل لان العقر مع الحد لا يجتمعان ولا ارش لها بالافضاء سواء كانت تستمسك البول أو لا تستمسك لان التلف تولد من فعل مأذون فيه من قبلها فلا يجب به الضمان كما لو أذنت بقطع يدها فقطعت لا ضمان على القاطع كذا هذا وان كان الرجل يدعى الشبهة سقط عنه الحد وعنها أيضاً وعلى الزوج العقر لان الوطء لا يخلو من ايجاب حد او غرامة ولا ارش لها بالافضاء لما ذكرنا وان كانت مستكرهة فان لم يدع الرجل الشبهة فعليه الحد لوجود الزنا منه ولا حد عليها لعدم الزنا منها ولا عقر على الرجل لوجوب الحد عليه والحد مع العقر لا يجتمعان وعلى الرجل الارش بالافضاء لعدم الرضا منها بذلك ثم ان كانت تستمسك البول ففيه ثلث الدية لانه جائفة وان كانت لا تستمسك البول ففيه كمال الدية لوجود اتلاف العضو بتفويت منفعة الحبس وان كان الرجل يدعى الشبهة سقط الحد عنه للشبهة وعنها أيضا لوجود الاكراه ولها الارش بالافضاء لما ذكرنا ثم ان كانت تستمسك البول فلها ثلث الدية لانها جائفة وكمال المهر وان كانت لا تستمسك فلها الدية ولا مهر لها فى قولهما وعند محمد رحمه الله لها المهر والدية وجه قوله ان سبب وجوب المهر والدية مختلف لان المهر يجب باتلاف المنفعة والدية تجب باتلاف العضو فلا يدخل أحدهما فى الآخر ولهذا لم يدخل المهر فى ثلث الدية فيما اذا كانت تستمسك البول حتى وجب عليه كمال المهر مع ثلث الدية كذا هذا ولهما أن سبب الوجوب متحد لان الدية تجب باتلاف هذا العضو والعقر يجب باتلاف منافع البضع ومنافع البضع ملحقة باجزاء البضع فكان سبب وجوبهما واحدا فكان المهر عوضا عن جزء من البضع وضمان الجزء والكل اذا وجد السبب واحد يدخل ضمان الجزء فى ضمان الكل كالاب اذا استولد جارية ابنه انه لا يلزمه العقر ويدخل فى قيمة الجارية لما قلنا كذا هذا وأما وجوب كمال المهر مع ثلث الدية حالة الاستمساك فعلى رواية الحسن عن أبى حنيفة رضى الله عنهما لا يجمع بينهما بل الاقل يدخل فى الاكثر كما يدخل ارش الموضحة فى دية الشعر فكانت المسئلة ممنوعة ولئن سلمنا على ظاهر الرواية فلا يلزم لان المنافى لضمان الجزء هو ضمان كل العين وثلث الدية ضمان الجزء وضمان الجزء لا يمنع ضمان جزء واحد هذا اذا كان الافضاء بالآلة (فاما) اذا كان بغيرها من الحجر ونحوه فالجواب فى هذا الفصل فى جميع وجوهه كالجواب فى الفصل الاول فى الوفاق والخلاف والجمع بين الضمانين وعدم الجمع الا ان الارش فى هذا الفصل يجب فى ماله وفى الفصل الاول تتحمله العاقلة لان الافضاء بالآلة يكون فى معنى الخطأ وبغيرها يكون عمدا وقال بعض مشايخنا لا وجه لايجاب المهر فى هذا الفصل لان وجوبه متعلق بقضاء الشهوة ولم يوجد وقال بعضهم يجب ويلحق غير الآلة بالآلة تعظيما لامر الابضاع كما الحق الايلاج بدون الانزال بالايلاج مع الانزال فى وجوب الحد وغيره من الاحكام مع قيام شبهة القصور فى قضاء الشهوة تفخيما لشان الفروج والله سبحانه وتعالى أعلم هذا اذا كانت المرأة أجنبية (فاما) اذا كانت زوجته فافضاها فلا شىء عليه سواء كانت تستمسك البول أو لا تستمسك فى قولهما وقال أبو يوسف ان كانت لا تستمسك البول فعليه الدية فى ماله وان كانت تستمسك فعليه ثلث الدية فى ماله (وجه) قوله انه مأذون فى الوطء لا فى الافضاء فكان متعديا فى الافضاء فكان مضمونا عليه (ولهما) ان الوطء مأذون فيه شرعا فالمتولد منه لا يكون

مضمونا كالبكارة ولو وطئ زوجته فماتت فلا شئ عليه فى قولهما وقال أبو يوسف على عاقلته الدية (وجه) قوله على نحو ماذكرنا فى الافضاء انه مأذون فى الوطء لا فى القتل وهذا قتل فكان مضمونا عليه الا ان ضمان هذا على العاقلة وضمان الافضاء فى ماله لان الافضاء لا يكون الا بالمجاوزة عن المعتاد فكان عمدا فكان الواجب به فى ماله (فأما) القتل فغير مقصود بهذا الفعل فى معنى الخطأ فتتحمله العاقلة (وأما) وجه قولهما فعلى نحو ماذكرنا فى الافضاء ولو وطئها فكسر فخذها ضمن فى قولهم جميعا لان الكسر لا يتولد من الوطء المأذون فيه بل هو فعل مبتدأ فكان فعلا تعديا محضا فكان مضمونا عليه والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) سائر جراح البدن اذا برئت وبقى لها أثر ففيها حكومة العدل وان لم يبق لها أثر فلا شئ فيها فى قول أبى حنيفة رضى الله عنه على ما بينا فى الشجة وان مات فالجراحة لا تخلو (اما) ان كانت من واحد (واما) ان كانت من عدد فان كانت من واحد ففيها القصاص ان كانت عمدا والدية ان كانت خطأ وان كانت من عدد فالجراحة المجتمعة من أعداد (اما) ان كانت كلها مضمونة (واما) ان كان بعضها مضمونا والبعض غير مضمون فان كان الكل مضمونا بان جرحه رجل جراحة وجرحه آخر جراحة أخرى خطأ فمات من ذلك كله كانت الدية عليهما نصفين وسواء جرحه أحدهما جراحة واحدة والآخر جرحه جراحتين أو أكثر لا ينظر الى عدد الجراحات وانما ينظر الى الجارح لان الانسان قد يموت من جراحة واحدة ويسلم من عشرة وقد يموت من عشرة ويسلم من واحدة حتى لو جرحه أحدهما جراحة واحدة والآخر عشر جراحات فمات من ذلك كانت الدية بينهما نصفين لما قلنا وكذلك اذا جرحه رجل جراحة واحدة وجرحه آخر جراحتين وآخر ثلاثا فمات من ذلك كله كانت الدية بينهم أثلاثا لما قلنا وعلى هذا يخرج ما اذا جرحه رجل جراحة واحدة وجرحه آخر عشر جراحات فعفا المجروح للجارح عن جراحة واحدة من العشر وما يحدث منها ثم مات من ذلك ان على صاحب الجراحة الواحدة نصف الدية وعلى صاحب العشرة الربع ويسقط الربع لانه لما سقط اعتبار عدد الجراحات كانت الجراحة الواحدة كالعشر فى الضمان ثم لما عفا عن واحدة من الجراحات العشر انقسمت العشر فيتغير حكمها فصار لتسعة منها الربع وللواحدة الربع فسقط بالعفو عن الواحدة من العشرة الربع وبقى الربع تبعا للتسعة وان كان البعض مضمونا والبعض غير مضمون ينقسم الضمان فيسقط بقدر ماليس بمضمون ويبقى بقدر المضمون وعلى هذا يخرج ما اذا جرح رجلا جراحة وجرحه سبع فمات من ذلك ان على الرجل نصف الدية ونصفها هدر لانه مات بجراحتين احداهما مضمونة والاخرى ليست بمضمونة فانقسم الضمان فسقط بقدر غير المضمون وبقى بقدر المضمون وكذلك لو جرحه الرجل جراحتين والسبع جراحة واحدة أو جرحه السبع جراحتين والرجل جراحة واحدة فمات من ذلك انه يجب على الرجل نصف الدية ويهدر النصف لانه لا عبرة لكثرة الجراحة لما بينا وكذلك لو جرحه رجل جراحة وعقره سبع ونهشته حية وخرج به خراج وأصابه حجر رمت به الريح فمات من ذلك فعلى الرجل نصف الدية ويهدر النصف والاصل انه يجعل الجراحات التى ليس لها حكم يلزم أحدا كجراحة واحدة ويصير كأنه مات من جراحتين احداهما مضمونة والاخرى غير مضمونة فيلزم الرجل نصف الدية ويبطل نصفها سواء كثر عدد الهدر أو قل هو كجراحة واحدة لان الهدر له حكم واحد فصار كجراحات الرجل الواحد انها فى الحكم كجراحة واحدة كذا هذا وكذلك لو جرحه رجل جراحة وجرحه آخر جراحة أخرى ثم انضم الى ذلك شئ مما ذكرنا انه لا حكم له يلزم فاعله فان على كل رجل ثلث الدية ويهدر الثلث لما ذكرنا ان الهدر من الجراحات وان كثر فهو كجراحة واحدة وكل واحدة من جراحتى الرجلين مضمونة فقد مات من ثلاث جراحات جراحتان منها مضمونتان وجراحة هدر فتقسم الدية أثلاثا فيسقط قدر ماليس بمضمون وهو الثلث ويبقى قدر المضمون وهو الثلثان فان كان لبعض الجناة جنايات مختلفة الاحكام فانه يقسم ما يخصه على جناياته بعد ما قسم عدد الجناية على أحكام الجنايات وذلك نحو رجل أمر رجلا أن يقطع يده لعلة بها

ثم

ثم ان المأمور جرح الآمر جراحة أخرى بغير أمره ثم جرحه رجلان آخران كل واحد منهما جراحة ثم عقره سبع ثم نهشته حية وخرج به خراج فمات من ذلك كله تقسم الدية أرباعا لان الموت حصل من أربع جنايات لان الهدر من الجنايات لها حكم جناية واحدة وجراحتا المأمور وان اختلف حكمهما فانهما حصلا من رجل واحد فلا يثبت لهما في حق شركائه الا حكم جناية واحدة فثبت ان الموت حصل من أربع جنايات فكانت قسمة الدية أرباعا هدر الربع منها وبقيت ثلاثة أرباع تقسم على الجنايات الثلاثة فيكون على كل واحد منهم الربع ثم ما أصاب المأمور بالقطع تقسم حصته وهي الربع على جراحتيه فاحداهما مضمونة وهي التي فعلها بغير أمر المجروح والاخرى غير مضمونة وهي التي فعلها بأمره وهي القطع فيسقط بقدر ما ليس بمضمون وهو نصف الربع وهو الثمن وبقي قدر ماهو مضمون وهو نصف الربع الآخر وهو الثمن الآخر والله سبحانه وتعالى أعلم ولو ان رجلا أمر عشرة أن يضربوا عبده أمر كل واحد منهم أن يضربه سوطا فضربه كل واحد منهم ما أمره ثم ضربه رجل آخر لم يأمره سوطا فمات من ذلك كله فعلى الذي لم يؤمر ارش السوط الذي ضربه من قيمته مضروبا بعشرة أسواط وعليه أيضا جزء من أحد عشر جزأ من قيمته مضروبا بأحد عشر سوطا وانما كان كذلك (أما) وجوب ارش السوط الذي ضربه فلانه نقصه بالضرب فيلزمه ضمان النقصان (وأما) اعتبار قيمة العبد مضروبا بعشرة أسواط فلانه ضربه بعدما انتقص من ضرب العشرة وذلك حصل من فعل غيره فلا يكون عليه وانما عليه ضمان ما نقصه سوطه الحادى عشر من قيمته لذلك اعتبرت قيمته وهو مضروب بعشرة فيقوم وهو غير مضروب ويقوم وهو مضروب بعشرة أسواط فيلزم الذي لم يؤمر بالضرب ذلك القدر (وأما) وجوب جزء من أحد عشر جزأ من قيمته فلانه مات من أحد عشر سوطا كل سوط حصل ممن يتعلق بفعله حكم في الجملة وهو الآدمي فانقسم الضمان على عددهم ثم ما أصاب العشرة سقط عنهم لحصوله باذن المالك وما أصاب الحادى عشر ضمنه الذي لم يؤمر بالضرب لانه ضرب بغير اذن المالك (وأما) اعتبار تضمينه مضروبا بأحد عشر سوطا فلان البعض الحاصل بضرب العشرة حصل بفعل غيره فلا يكون عليه ضمانه (وأما) السوط الحادى عشر فلانه قد ضمن نقصانه مرة فلا يضمنه ثانيا وانما لم يدخل نقصان السوط فيما وجب عليه من القيمة لان كل واحد منهما ضمان الجزء وضمان الجزء اذا تعلق بسبب واحد لا يدخل أحدهما في الآخر بخلاف ما اذا ضربه واحد ومات من ذلك انه يضمن القيمة دون النقصان لانه اجتمع هناك ضمان جزء وضمان كل فيدخل ضمان الجزء في ضمان الكل لاتحاد سبب الضمانين هذا اذا أمر المولى عشرة أن يضربه كل واحد منهم سوطا فان كان المولى هو الذي ضربه عشرة أسواط بيده ثم ضربه أجنبي سوطا ثم مات من ذلك كله فعلى الاجنبي ما نقصه السوط الحادى عشر من قيمته مضروبا بعشرة أسواط وعليه أيضا نصف قيمته مضروبا بأحد عشر سوطا اما وجوب ضمان نقصان السوط واعتبار قيمته مضروبا بعشرة أسواط فلما ذكرنا (واما) وجوب نصف قيمته فلانه مات من سوطين في الحاصل لان ضرب الاسواط العشرة من المولى بمنزلة جناية واحدة لانها حصلت من رجل واحد والجنايات من واحد وان كثرت فهي في حكم جناية واحدة فصار كانه مات من سوطين سوط المولى وسوط الاجنبي وسوط المولى ليس بمضمون وسوط الاجنبي مضمون فسقط نصف القيمة وثبت نصفها (وأما) اعتبار قيمته مضروبا بأحد عشر سوطا وعدم دخول ضمان النقصان في ضمان القيمة فلما ذكرنا في المسئلة المتقدمة رجل أمر غيره أن يجرحه جراحة واحدة فجرحه عشر جراحات وجرحه آخر جراحة أخرى واحدة بغير أمره ثم عفا المجروح لصاحب العشرة عن واحدة من التسع التي كانت بغير أمره ثم مات المجروح من ذلك كله فعلى صاحب الجراحة الواحدة نصف الدية وعلى صاحب العشرة ثمن الدية لان نصف الدية على صاحب الجراحة الواحدة والنصف الآخر تعلق بصاحب العشرة واحدة منها بأمر المجروح فصار عليه الربع ثم انقسم ذلك بالعفو فسقط نصفه وهو الثمن وبقي عليه الثمن والله سبحانه وتعالى أعلم هذا اذا كان المجنى عليه حرا

ذكرا فاما اذا كان أنثى حرة فانه يعتبر مادون النفس منها بديتها كديتها قل أوكثر عند عامة العلماء وعامة الصحابة رضى الله عنهم وعن ابن مسعود رضى الله عنه انه قال تعاقل المرأة الرجل فيما كان ارشه نصف عشر الدية كالسن والموضحة أى ما كان ارشه هذا القدر فالرجل والمرأة فيه سواء لا فضل للرجل على المرأة وعن سعيد بن المسيب انه قال تعاقل المرأة الرجل الى ثلث ديتها أى ارش الرجل والمرأة الى ثلث ديتها سواء وهو مذهب أهل المدينة ويروون انه عليه الصلاة والسلام قال تعاقل المرأة الرجل الى ثلث ديتها وهذا نص لا يتحمل التأويل واحتج ابن مسعود رضى الله عنه بحديث الغرة انه عليه الصلاة والسلام قضى فى الجنين بالغرة وهى نصف عشر الدية ولم يفصل عليه الصلاة والسلام بين الذكر والانثى فيدل على استواء أرش الذكر والانثى فى هذا القدر (ولنا) انه بنصف بدل النفس بالاجماع وهو الدية فكذا بدل مادون النفس لان المنصف فى الحالين واحد وهو الانوثة ولهذا ينصف مازاد على الثلث فكذا الثلث ومادونه ولان القول بما قاله أهل المدينة يؤدى الى القول بقلة الارش عند كثرة الجناية وانه غير معقول والى هذا أشار ربيعة بن عبد الرحمن المعروف بربيعة الرأى رحمه الله فانه روى انه سأل سعيد بن المسيب عن رجل قطع أصبع المرأة فقال فيها عشر من الابل قال فان قطع ثلاثة قال ففيها ثلاثون من الابل قال فان قطع أربعة فقال عشرون من الابل فقال ربيعة لما كثرت جروحها وعظمت مصيبتها قل أرشها فقال أعراقى أنت قال لا بل جاهل متعلم أو عالم متبين فقال هكذا السنة يا ابن أخى وعنى به سنة زيد بن ثابت رضى الله عنه أشار ربيعة الى ماذكرنا من المعنى وقبله سعيد حيث لم يعترض عليه وأحال الحكم الى السنة وبهذا تبين ان روايتهم عنه عليه الصلاة والسلام لم تصح اذ لو صحت لما اشتبه الحديث على مثل سعيد ولا حال الحكم الى قوله عليه الصلاة والسلام لا الى سنة زيد رضى الله عنه فدل ان الرواية لا تكاد تثبت عنه عليه الصلاة والسلام وأما حديث الغرة فى الجنين فنقول بموجبه ان الحكم فى ارش الجنين لا يختلف بالذكورة والانوثة وانما الكلام فى ارش المولود والحديث ساكت عن بيانه ثم نقول احتمل انه عليه الصلاة والسلام لم يفصل فى الجنين بين الذكر والانثى لان الحكم لا يختلف ويحتمل انه لم يفصل لتعذر الفصل لعدم استواء الخلقة فلا يكون حجة مع الاحتمال هذا الذى ذكرنا اذا كان الجانى حرا والمجنى عليه حرا فأما اذا كان الجانى حرا والمجنى عليه عبدا فالاصل فيه عند أبى حنيفة رضى الله عنه ماذكرنا فى الفصل المتقدم ان كل شئ من الحر فيه قدر من الدية فمن العبد فيه ذلك القدر من قيمته سواء كان فيما يقصد به المنفعة أو الجمال والزينة فى رواية عنه وفى رواية فيما يقصد به الجمال والزينة يجب النقصان وعندهما فى جميع ذلك يجب النقصان فيقوم العبد مجنيا عليه ويقوم غير مجنى عليه فيغرم الجانى فضل ما بين القيمتين وقد بينا وجه الروايتين عنه ووجه قولهما فى الفصل الاول

﴿ فصل ﴾ وأما شرائط الوجوب فهو ان تكون الجناية خطأ اذا كانت الجناية فيما فى عمده القصاص فان كانت مما لا قصاص فى عمده يستوى فيه الخطأ والعمد وقد مر بيان الجنايات التى فى عمدها القصاص ومالا قصاص فى عمدها

﴿ فصل ﴾ وأما بيان الجناية التى تتحملها العاقلة والتى لا تتحملها فيمادون النفس فنقول لا خلاف انه اذا بلغ ارش الجناية فيمادون النفس من الاحرار نصف عشر الدية فصاعدا وذلك خمسمائة فى الذكور ومائتان وخمسون فى الاناث تتحمله العاقلة واختلف فيمادون ذلك فى الرجل والمرأة قال أصحابنا رحمهم الله تعالى يكون فى مال الجانى ولا تتحمله العاقلة وقال الشافعى رحمه الله تعالى العاقلة تتحمل القليل والكثير (وجه) قوله ان التحمل من العاقلة لتفريطهم فى الحفظ والنصرة وهذا المعنى لا يوجب الفصل بين القليل والكثير (ولنا) ان القياس يأبى التحمل لان الجناية حصلت من غيرهم وانما عرفناذلك بقضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم بارش الجنين على العاقلة وهو الغرة وهى نصف عشر الدية فبقى الامر فيمادون ذلك على أصل القياس ولان مادون ذلك ليس له ارش مقدر بنفسه فاشبه ضمان الاموال فلا تتحمله العاقلة كما لا تتحمل ضمان المال ولا يلزم على هذا ارش الانملة فان لها ارشا

مقدرا وهو ثلث دية الاصبع فينبغي ان تتحمله العاقلة لان الانملة ليس لها ارش مقدر بنفسها بل بالاصبع فكانت جزأ مماله ارش مقدر وهو الاصبع فلا تتحمله العاقلة ثم ما كان ارشه نصف عشر الدية الى ثلث الدية يؤخذ من العاقلة في سنة واحدة استدلالا بكمال الدية فان كل الدية تؤخذ من العاقلة في ثلاث سنين لاجماع الصحابة رضي الله عنهم على ذلك فان سيدنا عمر رضي الله عنه قضى بالدية على العاقلة في ثلاث سنين ولم ينكر عليه أحد من الصحابة فيكون اجماعا فكلما كان من الارش قدر ثلث الدية يؤخذ في سنة واحدة لان في الدية الكاملة هكذا فاذا ازداد الارش على ثلث الدية فقدر الثلث يؤخذ في سنة والزيادة في سنة أخرى لان الزيادة على الثلث في كل الدية تؤخذ في السنة الثانية فكذلك اذا انفردت فان زاد على الثلثين فالثلثان في سنتين وما زاد على ذلك في السنة قياسا على كل الدية والله تعالى أعلم (وأما) ما دون النفس من العبيد فلا تتحمله العاقلة بالاجماع لان ما دون النفس من العبيد له حكم الاموال لما ذكرنا فيما تقدم ولهذا لا يجب فيه القصاص وضمان المال لا تتحمله العاقلة والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما الذي يجب فيه ارش غير مقدر وهو المسمى بالحكومة فالكلام فيه في مواضع في بيان الجنايات التي تجب فيها الحكومة وفي تفسير الحكومة أما الاول فالاصل فيه ان ما لا قصاص فيه من الجنايات على ما دون النفس وليس له ارش مقدر ففيه الحكومة لان الاصل في الجناية الواردة على محل معصوم اعتبارها بايجاب الجابر أو الزاجر ما أمكن اذا عرف هذا فنقول في كسر العظام كلها حكومة عدل الا السن خاصة لان استيفاء القصاص بصفة المماثلة فيما سوى السن متعذر ولم يرد الشرع فيه بارش مقدر فتجب الحكومة وأمكن استيفاء المثل في السن والشرع ورد فيها بارش مقدر أيضا فلم تجب فيها الحكومة وفي لسان الاخرس والعين القائمة الذاهب نورها والسن السوداء القائمة واليد الشلاء والرجل الشلاء وذكر الخصي والعنين حكومة عدل لانه لا قصاص في هذه الاشياء وليس فيها ارش مقدر أيضا لان المقصود ههنا المنفعة ولا منفعة فيها ولا زينة أيضا لان العين القائمة الذاهب نورها لا جمال فيها عند من يعرفها على ان المقصود من هذه الاشياء المنفعة ومعنى الزينة فيها تابع فلا يتقدر الارش لاجله وفي الاصبع والسن الزائدة حكومة عدل لانه لا قصاص فيها وليس لها ارش مقدر أيضا لانعدام المنفعة والزينة لكنها جزء من النفس وأجزاء النفس مضمونة مع عدم المنفعة والزينة لما ذكرنا (وأما) الصغير الذي لم يمش ولم يقعد ورجله ولسانه وأذنه وأنفه وعينه وذكره ففي أنفه وأذنه كمال الدية وكذلك في يديه ورجليه اذا كان يحركهما وكذا في ذكره اذا كان يتحرك وفي لسانه حكومة العدل لا الدية وان استهل ما لم يتكلم لان الاستهلال صياح وأما العينان فان كان يستدل بشيء على بصرهما ففيهما مثل عين الكبير وانما كان كذلك (أما) الانف والاذن فلان المقصود منهما الجمال لا المنفعة وذلك يوجد في الصغير بكماله كما يوجد في الكبير (وأما) الاعضاء التي يقصد بها المنفعة فلا يجب فيها ارش كامل حتى يعلم صحتها بما ذكرنا فاذا علم ذلك فقد وجد تفويت منفعة الجنس في كل واحد من ذلك فيجب فيه ارش كامل فاذا لم يعلم يقع الشك في وجود سبب وجوب كمال الارش فلا يجب بالشك ولا يقال ان الاصل هو الصحة والآفة عارض فكانت الصحة ثابتة ظاهرا لانا لا نسلم هذا الاصل في الصغير بل الاصل فيه عدم الصحة والسلامة لانه كان نطفة وعلقة ومضغة فما لم يعلم صحة العضو فهو على الاصل على ان هذا الاصل متعارض لان براءة ذمة الجاني أصل أيضا فتعارض الاصلان فسقط الاحتجاج بالاصل على الصحة على ان الصحة ان كانت ثابتة ظاهرا بحكم الاصل لان الظاهر حجة الدفع لا حجة الاستحقاق كحياة المفقود انها تصلح لدفع الارث لا للاستحقاقه وفي الظفر اذا نبت لا شيء فيه في قول أبي حنيفة رضي الله عنه لانه عادت المنفعة والزينة وان مات ففيه حكومة عدل لانه لا قصاص فيه ولا له ارش مقدر وكذا اذا نبت على عيب ففيه حكومة عدل دون ذلك لان النابت عوض عن الذاهب فكأن الاول قائم ودخله عيب وكذلك قال أبو يوسف رحمه الله انه اذا نبت أسود ان فيه حكومة لما أصاب من الالم بالجراحة الاولى بناء على أصله ان الالم مضمون وفي ثدي الرجل حكومة العدل لانه لا قصاص فيه

ولا ارش مقدر لانه لا منفعة فيه ولا جمال فتجب الحكومة فيهما وفى أحدهما نصف ذلك الحكم وفى حلمة ثديية حكم عدل دون ما فى ثديية لما قلنا وثدى المرأة تبع للحلمة حتى لو قطع الحلمة ثم الثدى فان كان قبل البرء لا يجب الا نصف الدية وان كان بعد البرء يجب نصف الدية فى الحلمة والحكومة فى الثدى لان منفعة الثدى الرضاع وذلك يبطل بقطع الحلمة وكذلك الانف مع المارن حتى لو قطع المارن دون الانف تجب الدية ولو قطع مع المارن لا تجب الا دية واحدة ولو قطع المارن ثم الانف فان كان قبل البرء تجب دية واحدة وان كان بعد البرء ففى المارن الدية وفى الانف الحكومة وكذلك الجفن مع الاشفار حتى لو قطع الشفر بدون الجفن يجب الارش المقدر ولو قطع الجفن معه لا يجب ذلك الارش كالكف مع الاصابع ولو قطع الشفر ثم الجفن فان كان قبل البرء فكذلك وان كان بعد البرء يجب فى الشفر ارشه وفى الجفن الحكومة لانه قطع الشفر وهو كامل المنفعة وقطع الجفن وهو ناقص المنفعة فلا يجب الا الارش الناقص وهو الحكومة ولو قطع أنفا مقطوع الارنبة ففيه حكومة العدل لان المقصود من الانف الجمال وقد نقص جماله بقطع الارنبة فينتقص ارشه وكذلك اذا قطع كفا مقطوعة الاصابع لان المقصود من الكف البطش وانه لا يحصل بدون الاصابع وكذلك اذا قطع ذكرا مقطوع الحشفة لان منفعة الذكر تزول بزوالها فلا يمكن ايجاب ارش مقدر ولا قصاص فيه فتجب الحكومة (ولو) قطع الذكر والانثيين فان قطعهما معا بان قطعهما من جانب عرضا يجب ديتان لانه فوت منفعة الجماع بقطع الذكر ومنفعة الانزال بقطع الانثيين فقد وجد تفويت منفعة الجنس فى قطع كل واحد منهما فيجب فى كل واحد منهما دية كاملة وان قطع احدهما بعد الآخر بأن قطعهما طولا فان قطع الذكر أولا تجب ديتان أيضا دية بقطع الذكر لوجود تفويت منفعة الجماع ودية بقطع الانثيين لان بقطع الذكر لا تنقطع منفعة الانثيين وهو الانزال لان الانزال يتحقق مع عدم الذكر وان بدأ بقطع الانثيين ثم الذكر ففى الانثيين الدية وفى الذكر حكومة العدل لان منفعة الانثيين كانت كاملة وقت قطعهما ومنفعة الذكر تفوت بقطع الانثيين اذ لا يتحقق الانزال بعد قطع الانثيين فنقص ارشه ولو حلق رأس رجل فنبت أبيض فلا شئ فيه فى قول أبى حنيفة رضى الله عنه (وقال) أبو يوسف فيه حكومة عدل وان كان عبدا ففيه ما نقص (وجه) قوله ان المقصود من الشعر الزينة والزينة معتبرة فى الاحرار ولا زينة فى الشعر الابيض فلا يقوم النابت مقام الفائت (وجه) قول أبى حنيفة ان الشيب فى الاحرار ليس بعيب بل هو جمال وكمال فلا يجب به ارش بخلاف العبيد فان الشيب فيهم عيب ألا يرى انه ينقص الثمن فكان مضمونا على الجانى وفيما دون الموضحة من الشجاج حكومة عدل وكذا روى عن سيدنا عمر بن عبد العزيز رحمه الله تعالى انه قال ما دون الموضحة خدوش فيها حكم عدل (وكذلك) روى عن ابراهيم النخعى رحمه الله تعالى ولانه لا قصاص فيه والشرع ما ورد فيه بارش مقدر فتجب فيه الحكومة والخلاف الذى ذكرنا فى المتلاحمة بين أبى يوسف ومحمد رحمهما الله لا يرجع الى المعنى بل الى الاسم لان أبا يوسف لا يمنع ان تكون الشجة التى قبل الباضعة أقل منها ارشا وكذلك محمد لا يمنع ان تكون ارش الشجة التى ذهبت فى اللحم أكثر مما ذهبت الباضعة زائدا على ارش الباضعة فكان الاختلاف بينهما فى العبارة وفيما سوى الجائفة من الجراحات التى فى البدن اذا اندملت ولم يبق لها أثر لا شئ فيها عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف رحمهما الله فيه ارش الالم وعند محمد رحمه الله أجرة الطبيب وقد مرت المسئلة وان بقى لها أثر ففيها حكومة عدل وكذا فى شعر سائر البدن اذا لم ينبت حكومة عدل وان نبت لا شئ فيه والله سبحانه وتعالى علم (وأما) تفسير الحكومة فان كان الجانى والمجنى عليه عبدا يقوم العبد مجنيا عليه وغير مجنى عليه فيجب نقصان ما بين القيمتين بلا خلاف وان كان الجانى والمجنى عليه حرا فقد ذكر الطحاوى رحمه الله انه يقوم المجنى عليه لو كان عبدا ولا جناية به ويقوم وبه الجناية فينظر كم بين القيمتين فعليه القدر من الدية (وقال) الكرخى رحمه الله تقرب هذه الجناية الى أقرب الجنات التى لها ارش مقدر فينظر ذوا عدل من أطباء الجراحات كم مقدار هذه ههنا فى قلة الجراحات وكثرتها بالحزر والظن فيأخذ القاضى بقولهما ويحكم من

الارش بمقداره من ارش الجراحة المقدرة (وجـه) ماذكره الطحاوى رحمه الله ان القيمة فى العبد كالدية فى الحر فيقدر العبد حراً ثم أوجب نقصانا فى العبد يعتبر به الحر وكان الكرخى رحمه الله ينكر هذا القول و يقول هذا يؤدى الى أمر فظيع وهو ان يجب فى قليل الشجاج أكثر مما يجب فى كثيرها لجواز ان يكون نقصان شجة السمحاق فى العبد أكثر من نصف عشر قيمته فلو أوجبنا مثل ذلك من دية الحر لاوجبنا فى السمحاق أكثر مما يوجب فى الموضحة وهذا لا يصح والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما الجناية على ماهو نفس من وجه دون وجه وهو الجنين بان ضرب على بطن حامل فالقت جنينا فيتعلق بها أحكام وجملة الكلام فيه ان الجنين لا يخلو اما ان يكون حراً بان كانت أمه حرة أو أمة علقت من مولاها أو من مغرور واما ان يكون رقيقاً ولا يخلو اما ان القته ميتا واما ان القته حيا فان كان حراً وألقته ميتا ففيه الغرة والكلام فى الغرة فى مواضع فى بيان وجوبها وفى تفسيرها وتقديرها وفى بيان من تجب عليه وفى بيان من تجب له أما الاول فالغرة واجبة استحسانا والقياس ان لا شئ على الضارب لانه يحتمل ان يكون حيا وقت الضرب و يحتمل انه لم يكن بان لم تخلق فيه الحياة بعد فلا يجب الضمان بالشك ولهذا لا يجب فى جنين البهيمة شئ الا نقصان البهيمة كذا هذا الا انهم تركوا القياس بالسنة وهو ماروى عن مغيرة بن شعبة رضى الله عنه انه قال كنت بين جاريتين فضربت احداهما الاخرى بمسطح فالقت جنينا ميتا وماتت فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم على عاقلة الضاربة بالدية و بغرة الجنين وروى ان سيدنا عمر رضى الله عنه اختصم اليه فى املاص المرأة الجنين فقال سيدنا عمر رضى الله عنه أنشدكم الله تعالى هل سمعتم من رسول الله صلى الله عليه وسلم فى ذلك شيئا فقام المغيرة رضى الله عنه فقال كنت بين جاريتين وذكر الخبر وقال فيه فقام عم الجنين فقال انه أشعر وقام والد الضاربة فقال كيف ندى من لا صاح ولا استهل ولا شرب ولا أكل ودم مثل ذلك بطل فقال عليه الصلاة والسلام أسجع كسجع الكهان وروى كسجع الاعراب فيه غرة عبد أو أمة فقال سيدنا عمر رضى الله عنه من شهد معك بهذا فقام محمد بن سلمة فشهد فقال سيدنا عمر رضى الله عنه كدنا ان نقضى فيها برأينا وفيها سنة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم و روى هذه القصة أيضا حمل بن مالك ابن النابغة ولان الجنين ان كان حيا فقد فوت الضارب حياته وتفويت الحياة قتل وان لم يكن حيا فقد منع من حدوث الحياة فيه فيضمن كالمغرور لما منع من حدوث الرق فى الولد وجب الضمان عليه وسواء استبان خلقه أو بعض خلقه لانه عليه الصلاة والسلام قضى بالغرة ولم يستفسر فدل ان الحكم لا يختلف وان لم يستبن شئ من خلقه فلا شئ فيه لانه ليس بجنين انما هو مضغة وسواء كان ذكراً أو أنثى لما قلنا ولان عند عدم استواء الخلقة يتعذر الفصل بين الذكر والانثى فسقط اعتبار الذكورة والانوثة فيه (وأما) تفسير الغرة فالغرة فى اللغة عبد أو أمة كذا قال أبو عبيد من أهل اللغة وكذا فسرها رسول الله صلى الله عليه وسلم فى الحديث الذى روينا فقال عليه الصلاة والسلام فيه غرة عبد أو أمة فسر الغرة بالعبد والامة و روى انه عليه الصلاة والسلام قضى فى الجنين بغرة عبد أو أمة او خمسمائة وهذه الرواية خرجت تفسيراً للرواية الاولى فصارت الغرة فى عرف الشرع اسما لعبد او امة يعدل خمسمائة او بخمسمائة وهذه الرواية خرجت تفسيرا للرواية الاولى ثم تقدير الغرة بالخمسمائة مذهب أصحابنا رحمهم الله تعالى وعند الشافعى رحمه الله مقدرة بستمائة وهذا فرع اصل ماذكرناه فيما تقدم لانهم اتفقوا على ان الواجب نصف عشر الدية لكنهم اختلفوا فى الدية فالدية من الدراهم عندنا مقدرة بعشرة آلاف فكان نصف عشرها خمسمائة وعنده مقدر باثنى عشر الفا فكان نصف عشرها ستمائة ثم ابتدأ الدليل على صحة مذهبنا ان فى بعض الروايات انه عليه الصلاة والسلام قضى فى الجنين بغرة عبد أو أمة أو خمسمائة وهذا نص فى الباب (وأما) بيان من تجب عليه الغرة فالغرة تجب على العاقلة لما روينا من الحديث انه عليه الصلاة والسلام قضى على عاقلة الضاربة بالدية و بغرة الجنين و روى ان عاقلة الضاربة قالوا أندى من لا صاح ولا استهل ولا شرب ولا أكل ودم مثل هذا بطل وهذا يدل على أن القضاء بالدية كان عليهم

حيث أضافوا الدية الى أنفسهم على وجه الانكار ولانها بدل نفس فكانت على العاقلة كالدية (وأما) من تجب له فهي ميراث بين ورثة الجنين على فرائض الله تبارك وتعالى عند عامة العلماء وقال مالك رحمه الله انها لاتورث وهي للأم خاصة (وجه) قوله ان الجنين في حكم جزء من أجزاء الام فكانت الجناية على الام فكان الارش لها كسائر أجزائها (ولنا) ان الغرة بدل نفس الجنين وبدل النفس يكون ميراثا كالدية (والدليل) على انها بدل نفس الجنين لا بدل جزء من أجزاء الام ان الواجب في جنين أم الولد ماهو الواجب في جنين الحرة ولا خلاف في ان جنين أم الولد جزء ولو كان في حكم عضو من أعضاء الام لكان جزأ من الام حرا أو بقية أجزائها أمة وهذا لايجوز (والدليل) عليه انه عليه الصلاة والسلام قضى بدية الام على العاقلة وبغرة الجنين ولو كان في معنى أجزاء الام لما أفرد الجنين بحكم بل دخلت الغرة في دية الامة كما اذا قطعت يد الام فماتت انه تدخل دية اليد في النفس وكذا لما أنكرت عاقلة الضاربة حمل الدية إياهم فقالت أندى من لا صاح ولا استهل ولا شرب ولا أكل ومثل دمه بطل لم يقل لهم النبي عليه الصلاة والسلام اني أوجبت ذلك بجناية الضاربة على المرأة لا بجنايتها على الجنين ولو كان وجوب الارش فيه لكونه جزأ من أجزاء الام لرفع انكارهم بما قلنا فدل ان الغرة وجبت بالجناية على الجنين لا بالجناية على الام فكانت معتبرة بنفسه لا بالام ولا يرث الضارب من الغرة شيئا لانه قاتل بغير حق والقتل بغير حق من أسباب حرمان الميراث ولا كفارة على الضارب لانه عليه الصلاة والسلام لما قضى بالغرة على الضاربة لم يذكر الكفارة مع ان الحال حال الحاجة الى البيان ولو كانت واجبة لبينها ولان وجوبها متعلق بالقتل وأوصاف أخرى لم يعرف وجودها في الجنين من الايمان والكفر حقيقة أو حكما قال الله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة وقال تبارك وتعالى وان كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق أي كان المقتول ولم يعرف قتله لانه لم تعرف حياته وكذا ايمانه وكفره حقيقة وحكما (أما) الحقيقة فلا شك في انتفائها لان الايمان والكفر لا يتحققان من الجنين وكذلك حكما لان ذلك بواسطة الحياة ولم تعرف حياته ولان الكفارة من باب المقادير والمقادير لا تعرف بالرأي والاجتهاد بل بالتوقيف وهو الكتاب العزيز والسنة والاجماع ولم يوجد في الجنين الذي التي ميتا شئ من ذلك فلا تجب فيه الكفارة ولان وجوبها متعلق بالنفس المطلقة والجنين نفس من وجه دون وجه بدليل انه لا يجب فيه كمال الدية مع ما ان الضرب لو وقع قتل نفس لكان قتلا تسبيبا لا مباشرة والقتل تسبيبا لا يوجب الكفارة كحفر البئر ونحو ذلك وذكر محمد رحمه وقال ولا كفارة على الضارب وان سقط كامل الخلق ميتا الا ان يشاء ذلك فهو أفضل وليس ذلك عليه عندنا واجب وليتقرب الى الله تبارك وتعالى بما يشاء ان استطاع ويستغفر الله سبحانه وتعالى مما صنع وهذا قول أبي يوسف رحمه الله وقولنا كذا ذكر محمد رحمه الله لانه ارتكب محظورا فندب الى ان يتقرب بالكفارة لمحوه هذا اذا القته ميتا فاما اذا القته حيا ثم مات ففيه الدية كاملة لا يرث الضارب منها شيئا وعليه الكفارة (أما) حرمان الميراث فلما قلنا وأما وجوب الدية والكفارة فلانه لما خرج حيا فمات علم انه كان حيا وقت الضرب فحصل الضرب قتل النفس وانه في معنى الخطأ فتجب فيه الدية والكفارة هذا اذا القت جنينا واحدا فاما اذا القت جنينين فان كانا ميتين ففي كل واحد منهما غرة وان كانا حيين ثم ماتا ففي كل واحد منهما دية لوجود سبب وجوب كل واحدة منهما وهو الاتلاف الا انه أتلفهما بضربة واحدة ومن أتلف شخصين بضربة واحدة يجب عليه ضمان كل واحد منهما كما لو أفرد كل واحد منهما بالضرب كما في الكبيرين فان القت أحدهما ميتا والآخر حيا ثم مات فعليه في الميت الغرة وفي الحي الدية لوجود سبب وجوب الغرة في الجنين الميت والدية في الجنين الحي فيستوي فيه الجمع في الاتلاف والافراد فيه فان ماتت الام من الضربة وخرج الجنين بعد ذلك حيا ثم مات فعليه ديتان دية في الام ودية في الجنين لوجود سبب وجوبهما وهو قتل شخصين فان خرج بعد موتها ميتا فعليه دية الام ولا شئ عليه في الجنين وقال الشافعي رحمه الله يجب عليه في الجنين الغرة (وجه) قوله ان أتلفهما جميعا فيؤاخذ بضمان كل واحد منهما كما لو خرج الجنين ميتا ثم ماتت الام (ولنا) ان القياس يأبى كون الجنين مضمونا أصلا

لما بينا من احتمال عدم الحياة وازداد ههنا احتمال آخر وهو انه يحتمل انه مات بالضرب ويحتمل انه مات بموت الام وانما عرفنا الضمان فيه بالنص والنص ورد بالضمان فى حال مخصوصة وهى ما اذا خرج ميتا قبل موت الام فسقط اعتبار أحد الاحتمالين فيتعين الثانى فى نفى وجوب الضمان فى غير هذه الحالة هذا اذا كان الجنين حرا فاما اذا كان رقيقا فان خرج ففيه نصف عشر قيمته ان كان ذكرا أو عشر قيمته ان كان أنثى وروى عن أبى يوسف ان فى جنين الامة ما نقص الام وقال الشافعى رحمه الله فيه عشر قيمة الام أما الكلام مع أبى يوسف رحمه الله فبناء على أصل ذكرناه فيما تقدم وهو ان ضمان الجناية الواردة على العبد ضمان النفس أم ضمان المال فعلى أصلهما ضمان النفس حتى قالا انه لا تزاد قيمته على دية الحر بل تنقص ههنا وكذا تتحمله العاقلة وعلى أصل أبى يوسف رحمه الله ضمانها ضمان المال حتى قال تبلغ قيمته بالغة ما بلغت ولا تتحمله العاقلة فصار جنينها كجنين البهيمة وهناك لا يجب الا نقصان الام كذا ههنا (وأما) الكلام مع الشافعى رحمه الله فبناء على أن الجنين معتبر بنفسه أم بامه وقد ذكرنا الدلائل على انه معتبر بنفسه لا بامه فيما تقدم والدليل عليه أيضا ان ضمان جنين الحرة موروث عنه على فرائض الله عز وجل ولو كان معتبرا بامه لسلم لها كما يسلم لها ارش عضوها واذا ثبت ان الجنين معتبر بنفسه وان الواجب فيه ضمان فهذا الاعتبار يوجب ان يكون فى جنين الامة اذا كان رقيقا نصف عشر قيمته ان كان ذكرا أو عشر قيمته ان كان أنثى لان الواجب فى الجنين الحر خمسمائة ذكرا كان أو أنثى وهى نصف عشر دية الذكر وعشر دية الانثى والقيمة فى الرقيق كالدية فى الحر فيلزم ان يكون فى الجنين الرقيق نصف عشر قيمته ان كان ذكرا اعتبارا بالحر وعشر قيمته ان كان أنثى اعتبارا بالحرة وان خرج حيا ثم مات قيمته لما قلنا فى الجنين الحر فان القت جنينين ميتين أو جنينين حيين ثم ماتا ففى كل واحد منهما حالة الاجتماع ما فيه حال الانفراد لما ذكرنا فى الجنين الحر فان القت أحدهما ميتا والآخر حيا ثم مات ففى كل واحد منهما ما هو ضمانه حالة الانفراد لما مر فان ماتت الام من الضرب وخرج الجنين بعد ذلك حيا ثم مات فعليه قيمتان قيمة فى الام وقيمة فى الجنين وان خرج الجنين ميتا بعد موت الام فعليه فى الام القيمة ولا شئ عليه فى الجنين لما ذكرنا والاصل ان فى كل موضع يجب فى الجنين الحر الغرة ففى الرقيق نصف عشر قيمته ان كان ذكرا او عشر قيمته ان كان أنثى وكل موضع يجب فى المضروبة اذا كانت حرة الدية ففى الامة القيمة وفى كل موضع لا يجب فى الجنين هناك شئ لا يجب هنا شئ أيضا لما ذكرنا فى جانب الحر من غير تفاوت الا ان الواجب فى جنين الامة يكون فى مال الضارب يؤخذ منه حالا ولا تتحمله العاقلة والواجب فى جنين الحرة يكون على العاقلة لان تحمل العاقل ثبت بخلاف القياس بالنص والنص ورد بالتحمل فى الغرة فى جنين الحرة فبقى الحكم فى جنين الامة على أصل القياس والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

﴿ كتاب الخنثى ﴾

(الكلام) فيه يقع فى مواضع فى تفسير الخنثى وفى بيان ما يعرف به انه ذكر أو أنثى وفى بيان حكم الخنثى المشكل (أما الاول) فالخنثى من له آلة الرجال والنساء والشخص الواحد لا يكون ذكرا أو أنثى حقيقة فاما ان يكون ذكرا واما ان يكون أنثى

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما يعرف به انه ذكر أو أنثى فانما يعرف ذلك بالعلامة وعلامة الذكورة بعد البلوغ نبات اللحية وامكان الوصول الى النساء وعلامة الانوثة فى الكبر نهود ثديين كثديى المرأة ونزول اللبن فى ثدييه والحيض والحبل وامكان الوصول اليها من فرجها لان كل واحد مما ذكرنا يختص بالذكورة والانوثة فكانت علامة صالحة للفصل بين الذكر والانثى وأما العلامة فى حالة الصغر فالمبال لقوله عليه الصلاة والسلام الخنثى من حيث يبول فان كان يبول من مبال الذكور فهو ذكر وان كان يبول من مبال النساء فهو أنثى وان كان يبول منهما جميعا يحكم السبق لان سبق البول من أحدهما يدل على انه هو المخرج الاصلى وان الخروج من الآخر بطريق الانحراف عنه وان كان لا يسبق

أحدهما الآخر فتوقف أبو حنيفة رضى الله عنه وقال هو خنثى مشكل وهذا من كمال فقه أبى حنيفة رضى الله عنه لان التوقف عند عدم الدليل واجب وقال أبو يوسف ومحمد تحكم الكثرة لانها فى الدلالة على المخرج الاصلى كالسبق فيجوز تحكيمه وجه قول أبى حنيفة عليه الرحمة ان كثرة البول وقلته لسعة المحل وضيقه فلا يصلح للفصل بين الذكورة والانوثة بخلاف السبق وحكى انه لما بلغ أبا حنيفة قول أبى يوسف فى تحكيم الكثرة لم يرض به وقال وهل رأيت حاكما يزن البول فان استويا توقفا أيضا وقالا هو خنثى مشكل والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما حكم الخنثى المشكل فله فى الشرع أحكام حكم الختان وحكم الغسل بعد الموت وحكم الميراث ونحو ذلك من الاحكام أما حكم الختان فلا يجوز للرجل ان يختنه لاحتمال انه أنثى ولا يحل له النظر الى عورتها ولا يحل لامرأة أجنبية ان تختنه لاحتمال انه رجل فلا يحل لها النظر الى عورته فيجب الاحتياط فى ذلك وذلك ان يشترى له من ماله جارية تختنه ان كان له مال لانه ان كان أنثى فالانثى تختن بالانثى عند الحاجة وان كان ذكرا فختنته أمته لانه يباح لها النظر الى فرج مولاها وان لم يكن له مال يشترى له الامام من مال بيت المال جارية ختانة فاذا اختنته باعها ورد ثمنها الى بيت المال لان الختان من سنة الاسلام وهذا من مصالح المسلمين فيقام من بيت مالهم عند الحاجة والضرورة ثم تباع ويرد ثمنها الى بيت المال لاندفاع الحاجة والضرورة وقيل يزوجه الامام امرأة ختانة لانه ان كان ذكرا فالمرأة تختن زوجها وان كان أنثى فالمرأة تختن المرأة عند الحاجة وأما حكم غسله بعد الموت فلا يحل للرجل ان يغسله لاحتمال ان يكون أنثى ولا يحل للمرأة ان تغسله لاحتمال انه ذكر ولكنه ييمم كان الميمم رجلا أو امرأة غير انه ان كان ذا رحم محرم منه يممه من غير خرقة وان كان أجنبيا يممه بالخرقة ويكف بصره عن ذراعيه وأما حكم الوقوف فى الصفوف فى الصلاة فانه يقف بعد صف الرجال والصبيان قبل صف النساء احتياطا على ما ذكرنا فى كتاب الصلاة وأما حكم امامته فى الصلاة أيضا فقد مر فلا يؤم الرجال لاحتمال انه أنثى ويؤم النساء وأما حكم وضع الجنائز على الترتيب فتقدم جنازته على جنازة النساء وتؤخر عن جنازة الرجال والصبيان على ما مر فى كتاب الصلاة لجواز انه ذكر فيسلك مسلك الاحتياط فى ذلك كله وأما حكم الغنائم فلا يعطى سهما ولكن يرضخ له كانه امرأة لان فى استحقاق الزيادة شكا فلا يثبت بالشك وأما حكم الميراث فقد اختلف العلماء فيه قال أصحابنا رحمهم الله يعطى له أقل الانصباء وهو نصيب الانثى الا ان يكون أسوأ أحواله ان يجعل ذكرا فحينئذ يجعل ذكرا حكما وبيان هذا فى مسائل اذا مات رجل وترك ابنا معروفا وولدا خنثى فعند أصحابنا رحمهم الله تعالى يقسم المال بينهم أثلاثا للابن المعروف الثلثان وللخنثى الثلث ويجعل الخنثى ههنا أنثى كأنه ترك ابنا وبنتا ولو ترك ولدا خنثى وعصبة فالنصف للخنثى والباقى للعصبة ويجعل الخنثى انثى كانه ترك بنتا وعصبة ولو ترك أختا لاب وأم وخنثى لاب وعصبة فللاخت للاب والام النصف والخنثى لاب السدس تكملة الثلثين والباقى للعصبة ويجعل الخنثى أيضا ههنا أنثى كانه ترك أختا لاب وأم وأختا لاب وعصبة فان تركت زوجا وأختا لاب وأم وخنثى لاب فللزوج النصف وللاخت للاب والام النصف ولا شئ للخنثى ويجعل ههنا ذكرا لان هذا أسوأ أحواله لانا لو جعلناه أنثى لاصاب السدس وتعول الفريضة ولو جعلناه ذكرا لا يصيب شيئا كانها تركت زوجا وأختا لاب وأم وأخا لاب وهذا الذى ذكرنا قول أصحابنا رحمهم الله تعالى وقال الشعبى رحمه الله يعطى نصف ميراث الذكر ونصف ميراث الانثى لانه يحتمل ان يكون ذكرا ويحتمل ان يكون أنثى فيعطى له نصف ميراث الرجال ونصف ميراث النساء (والصحيح) قول أصحابنا رحمهم الله تعالى لان الاقل ثابت بيقين وفى الاكثر شك لانه ان كان ذكرا فله الاكثر وان كان أنثى فلها الاقل فكان استحقاق الاقل ثابتا بيقين وفى استحقاق الاكثر شك فلا يثبت الاستحقاق مع الشك على الاصل المعهود فى غير الثابت بيقين انه لا يثبت بالشك ولان سبب استحقاق كل المال ثابت للابن المعروف وهو ذكر فيه وانما ينتقص حقه بمزاحمة الآخر فاذا احتمل انه ذكر واحتمل انه أنثى وقع الشك فى سقوط حقه عن الزيادة على الثلث فلا يسقط بالشك على الاصل المعهود فى

الثابت بيقين انه لا يسقط بالشك واختلف أبو يوسف ومحمد رحمهما الله في تفسير قول الشعبي رحمه الله وتخريجه فيما اذا ترك ابنا معروفا وولدا خنثى فقال أبو يوسف على قياس قوله يقسم المال على سبعة أربعة أسهم منها للابن المعروف وثلاثة للخنثى وقال محمد رحمه الله تعالى على قياس قوله يقسم المال على اثنى عشر سهما سبعة منها للابن المعروف وخمسة للخنثى وجه تفسير محمد وتخريجه لقول الشعبي ان للخنثى في حال سهما وهو ان يكون ذكرا وللابن المعروف سهم وله في حال ثلثا سهم وهو ان يكون أنثى وللابن المعروف سهم وثلث سهم فيعطى نصف ما يستحقه في حالين لانه لا يستحق على حالة واحدة من الذكورة والانوثة لاستحالة ان يكون الشخص الواحد ذكرا وأنثى وليست احدى الحالتين أولى من الاخرى فيعطى نصف ما يستحقه في الحالين وهو خمسة أسداس سهم وانكسر الحساب بالاسداس فيصير كل سهم ستة فيصير جميع المال اثنى عشر سهما للخنثى منها خمسة وللابن المعروف سبعة أو يقال اذا جعلنا جميع المال اثنى عشر سهما فالخنثى يستحق في حال ستة من اثنى عشر وهي ان يكون ذكرا وفي حال أربعة من اثنى عشر وهي ان يكون أنثى فالاربعة ثابتة بيقين وسهمان يثبتان في حال ولا يثبتان في حال وليست احدى الحالتين أولى من الاخرى فينصف وذلك سهم فذلك خمسة أسهم للخنثى وأما الابن المعروف فالستة من الاثنى عشر ثابتة بيقين وسهمان يثبتان في حال ولا يثبتان في حال فينصف وذلك سهم فذلك سبعة أسهم للابن المعروف والله سبحانه وتعالى أعلم (وجه) قول أبي يوسف وتخريجه لقول الشعبي انه يحتمل ان يكون ذكرا ويحتمل ان يكون أنثى فان كان ذكرا فله نصيب ابن وهو سهم وللابن المعروف سهم وان كان أنثى فله نصيب بنت وهو نصف سهم وللابن المعروف سهم فله في حال سهم تام وفي حال نصف سهم وانما يستحق على حالة واحدة وليست احداهما باولى من الاخرى فيعطى نصف ما يستحقه في حالين وذلك ثلاثة أرباع سهم وللابن المعروف سهم تام فيكون الميراث بينهما على سبعة أسهم للابن المعروف أربعة وللخنثى ثلاثة والله سبحانه وتعالى أعلم (ووجدت) في شرح مسائل المجرد المنسوب الى الامام اسماعيل بن عبد الله البيهقي رضي الله عنه الذي اختصر المبسوط والجامعين والزيادات في مجلدة واحدة وشرحه بكتاب لقبه الشامل بابا في الخنثى فاحببت ان ألحقه بهذا الفصل وهو ليس من أصل الشيخ وهو باب الخنثى (قال) ابن عباس رضي الله تعالى عنهما عن رسول الله صلى الله عليه وسلم يورث الخنثى من حيث يبول وهو مذهبنا الخنثى المشكل معتبر بالنساء في حق بعض الاحكام اذا كان الاحتياط في الالحاق بهن وبالرجال اذا كان الاحتياط فيه فحكمه في الصلاة حكم المرأة في القعود والستر وفي الوقوف بجنب الرجال في افساد صلاة الرجل ويقوم خلف الرجال وقدام النساء ولا يلبس الحرير الحاقا بالرجال وفي القصاص فيما دون النفس مثل المرأة ولو مات يمم بالصعيد ولا يغسله رجل ولا امرأة ويسجى قبره ويدخل قبره ذو رحم محرم منه فان قبله رجل بشهوة لم يتزوج بامه ولو زوجه أبوه امرأة يؤجل كالعنين سنة ولا حد على قاذفه اعتبارا بالمجبوب والرتقاء وفي الكل يعتبر الاحتياط قال كل عبد لي حر وقال كل أمة لي حرة لم يعتق الخنثى المشكل لان الملك ثابت فلا يزول بالشك ولو قال القولين جميعاً عتق لما عرف (وقوله) انا ذكر أو أنثى لا يقبل لانه متهم ويشترى امرأة بان يشترى له أمة من ماله للخدمة فان لم يكن له مال فمن بيت المال لانه من مصالح أهل الاسلام (مات) وأقام رجل البينة انها كانت امرأته وكانت تبول من مبال النساء وامرأة انه كان زوجها وكان يبول من مبال الرجال لم يقض لاحدهما الا ان ذكرت احدى البينتين وقتا اقدم فيقضي له وفي حبسه في الدعاوى ولا يفرض له في الديوان لانه حق الرجل المقاتل فان شهد القتال يرضخ له لان الرضخ نوع اعانة وان أسر لم يقتل ولا يدخل في قسامة ولا تؤخذ منه الجزية لان هذا من أحكام الرجال أوصى رجل لما في بطن فلانة بالف درهم ان كان غلاما وبخمسمائة ان كانت جارية وكان مشكلا لم يزد على خمسمائة عند أبي حنيفة عليه الرحمة وعندهما رحمهما الله له نصف الالف والخمسمائة قال وخروج اللحية دليل انه رجل والثدي على مثال ثدي المرأة مع عدم اللحية والحيض دليل كونه امرأة زوج خنثى

من خنثى مشكلان على ان أحدهما رجل والآخر امرأة صح الوقف فى النكاح حتى تتبين فان ماتا قبل البيان لم يتوارثا لما مر شهد شهود على خنثى انه غلام وشهود انه جارية والمطلوب ميراث قضيت بشهادة الغلام لأنها أكثر اثباتا فان كان المدعى مهرا قضيت بكونها جارية وان كان المقيم لا يطلب شيئا لم اسمع البينة والله سبحانه وتعالى أعلم

كتاب الوصايا

الكلام فى هذا الكتاب يقع فى مواضع فى بيان جواز الوصية وفى بيان ركن الوصية وفى بيان معنى الوصية وفى بيان شرائط ركن الوصية وفى بيان صفة عقد الوصية وفى بيان حكم الوصية وفى بيان ما تبطل به الوصية (أما) الاول فالقياس يأبى جواز الوصية لانها تمليك مضاف الى ما بعد الموت والموت مزيل للملك فتقع الاضافة الى زمان زوال الملك فلا يتصور وقوعه تمليكا فلا يصح الا انهم استحسنوا جوازها بالكتاب العزيز والسنة الكريمة والاجماع أما الكتاب العزيز فقوله تبارك وتعالى فى آية المواريث يوصيكم الله فى أولادكم الى قوله جلت عظمته من بعد وصية يوصى بها أو دين و يوصى بها أو دين و يوصين بها أو دين وتوصون بها أو دين شرع الميراث مرتبا على الوصية فدل أن الوصية جائزة وقوله سبحانه وتعالى يا أيها الذين آمنوا شهادة بينكم اذا حضر أحدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم أو آخران من غيركم ان أنتم ضربتم فى الارض ندبنا سبحانه وتعالى الى الاشهاد على حال الوصية فدل انها مشروعة (وأما) السنة فما روى ان سعد بن أبى وقاص رضى الله عنه وهو سعد بن مالك كان مريضا فعاده رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يارسول الله أوصى بجميع مالى فقال لا فقال بثلثى مالى قال لا قال فبنصف مالى قال لا قال فبثلث مالى فقال عليه الصلاة والسلام الثلث والثلث كثير انك ان تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس وروى فقراء يتكففون الناس فقد جوز رسول الله صلى الله عليه وسلم الوصية بالثلث وروى عنه عليه الصلاة والسلام انه قال ان الله تبارك وتعالى تصدق عليكم بثلث أموالكم فى آخر أعماركم زيادة على أعمالكم فضعوه حيث شئتم أخبر عليه الصلاة والسلام ان الله تبارك وتعالى جعلنا أخص بثلث أموالنا فى آخر أعمارنا لنكتسب به زيادة فى أعمالنا والوصية تصرف فى ثلث المال فى آخر العمر زيادة فى العمل فكانت مشروعة وأما الاجماع فان الامة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا يوصون من غير انكار من أحد فيكون اجماعا من الامة على ذلك والقياس يترك بالكتاب العزيز والسنة الكريمة والاجماع مع ما ان ضربا من القياس يقتضى الجواز وهو ان الانسان يحتاج الى أن يكون ختم عمله بالقربة زيادة على القرب السابقة على ما نطق به الحديث أو تداركا لما فرط فى حياته وذلك بالوصية وهذه العقود ما شرعت الا لحوائج العباد فاذا مست حاجتهم الى الوصية وجب القول بجوازها وبه تبين أن ملك الانسان لا يزول بموته فيما يحتاج اليه الا يرى انه بقى فى قدر جهازه من الكفن والدفن و بقى فى قدر الدين الذى هو مطالب به من جهة العباد لحاجته الى ذلك كذلك ههنا و بعض الناس يقول الوصية واجبة لما روى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال لا يحل لرجل يؤمن بالله واليوم الآخر له مال يريد أن يوصى فيه يبيت ليلتين الا و وصيته عند رأسه وفى نفس الحديث ما ينفى الوجوب لان فيه تحريم ترك الايصاء عند ارادة الايصاء والواجب لا يقف وجوبه على ارادة من عليه كسائر الواجبات أو يحمل الحديث بما عليه من الفرائض والواجبات كالحج والزكاة والكفارات والوصية بها واجبة عندنا على انه من أخبار الآحاد ورد فيما تعم به البلوى وانه دليل على عدم الثبوت فلا يقبل وقيل انها كانت واجبة فى الابتداء للوالدين والاقربين للمسلمين لقول الله تبارك وتعالى كتب عليكم اذا حضر أحدكم الموت ان ترك خيرا الوصية للوالدين والاقربين بالمعروف حقا على المتقين ثم نسخت واختلف فى الناسخ قال بعضهم نسخها الحديث وهو ما روى عن أبى قلابة رضى الله عنه عليه

الصلاة والسلام انه قال لا وصية لوارث والكتاب العزيز قد ينسخ بالسنة فان قيل انما ينسخ الكتاب عندكم بالسنة المتواترة وهذا من الآحاد فالجواب ان هذا الحديث متواتر غير ان التواتر ضربان تواتر من حيث الرواية وهو ان يرويه جماعة لا يتصور تواطؤهم على الكذب وتواتر من حيث ظهور العمل به قرناً فقرناً من غير ظهور المنع والنكير عليهم في العمل به الا انهم ما رووه على التواتر لان ظهور العمل به أغناهم عن روايته وقد ظهر العمل بهذا مع ظهور القول أيضاً من الأئمة بالفتوى به بلا تنازع منهم ومثله يوجب العمل قطعا فيجوز نسخ الكتاب العزيز به كما يجوز بالمتواتر في الرواية الا انهما يفترقان من وجه وهو ان جاحد المتواتر في الرواية يكفر وجاحد المتواتر في ظهور العمل لا يكفر لمعنى عرف في أصول الفقه وقال بعض العلماء نسختها آية المواريث وفي الحديث ما يدل عليه فانه عليه الصلاة والسلام قال ان الله تبارك وتعالى أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث وقوله كل ذي حق حقه أي كل حقه فقد أشار عليه الصلاة والسلام الى أن الميراث الذي أعطى للوارث كل حقه فيدل على ارتفاع الوصية وتحول حقه من الوصية الى الميراث واذا تحول فلا يبقى له حق في الوصية كالقبلة لما تحولت من بيت المقدس الى الكعبة لم يبق بيت المقدس قبلة وكالدين اذا تحول من ذمة الى ذمة لا يبقى في الذمة الاولى وكما في الحوالة الحقيقية وقال بعضهم الوصية بقيت واجبة للوالدين والاقربين غير الوارثين بسبب الكفر والرق والآية وان كانت عامة في المخرج لكن خص منها الوالدان والاقربون الوارثون بالحديث وهو قوله عليه الصلاة والسلام لا وصية لوارث فكان الحديث مخصصا لعموم الكتاب لا ناسخاً والحمل على التخصيص أولى من الحمل على النسخ الا ان عامة أهل التأويل قالوا ان الوصية في الابتداء كانت فريضة للوالدين والاقربين المسلمين ثم نسخت بحديث أبي قلابة وقال بعضهم ان كان عليه حج أو زكاة أو كفارة أو غير ذلك من الواجبات فالوصية بذلك واجبة وان لم يكن فهي غير واجبة بل جائزة وبه أخذ الفقيه أبو الليث (وأما) الكلام في الاستحباب فقد قالوا ان كان ماله قليلا وله ورثة فقراء فالافضل أن لا يوصي لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث سعد رضي الله تعالى عنه انك ان تركت ورثتك أغنياء خير لك من أن تدعهم عالة يتكففون الناس ولان الوصية في هذه الحالة تكون صلة بالاجانب والترك يكون صلة بالاقارب فكان أولى وان كان ماله كثيراً فان كانت ورثته فقراء فالافضل أن يوصي بما دون الثلث ويترك المال لورثته لان غنية الورثة تحصل بما زاد على الثلث اذا كان المال كثيراً ولا تحصل عند قلته والوصية بالخمس أفضل من الوصية بالربع والوصية بالربع أفضل من الوصية بالثلث لما روي عن سيدنا علي رضي الله عنه انه قال لان اوصي بالخمس أحب الي من أن أوصي بالربع ولان أوصي بالربع أحب الي من ان أوصي بالثلث ومن أوصى بالثلث لم يترك شيئا أي لم يترك من حقه شيأ لورثته لان الثلث حقه فاذا أوصى بالثلث فلم يترك من حقه شيأ لهم وروي عن سيدنا أبي بكر وسيدنا عمر وسيدنا عثمان رضي الله تعالى عنهم انهم قالوا الخمس اقتصاد والربع جهد والثلث حيف وان كان ورثته أغنياء فالافضل الوصية بالثلث ثم الوصية بالثلث لاقاربه الذين لا يرثون أفضل من الوصية به للاجانب والوصية للقريب المعادي أفضل من الوصية للقريب الموالي لان الصدقة على المعادي تكون أقرب الى الاخلاص وأبعد عن الرياء ونظيره قوله عليه الصلاة والسلام لذلك الذي اشترى عبداً فاعتقه ان شكرك فهو خير له وشر لك وان كفرك فهو شر له وخير لك ولان الوصية للمعادي سبب لزوال العداوة وصيانة للقرابة عن القطيعة فكانت أولى هذا اذا استوى الفريقان في الفضل والدين والحاجة واحدهما معادي (فاما) اذا كان الموالي منهما اعفهما واصلحهما واحوجهما فالوصية له أفضل لان الوصية له تقع اعانة على طاعة الله تبارك وتعالى

﴿ فصل ﴾ وأما ركن الوصية فقد اختلف فيه قال أصحابنا الثلاثة رحمهم الله هو الايجاب والقبول الايجاب من الموصي والقبول من الموصى له فما لم يوجدا جميعا لا يتم الركن وان شئت قلت ركن الوصية الايجاب من الموصي وعدم الرد من الموصى له وهو ان يقع اليأس عن رده وهذا أسهل لتخريج المسائل على ما نذكر وقال زفر رحمه الله الركن هو

الايجاب من الموصى فقط (وجه) قول زفر أن ملك الموصى له بمنزلة ملك الوارث لان كل واحد من الملكين ينتقل بالموت ثم ملك الوارث لا يفتقر الى قبوله وكذا ملك الموصى له (ولنا) قوله تبارك وتعالى وان ليس للانسان الا ماسعى فظاهره أن لا يكون للانسان شيء بدون سعيه فلو ثبت الملك للموصى له من غير قبول لثبت من غير سعيه وهذا منفى الا ماخص بدليل ولان القول بثبوت الملك له من غير قبوله يؤدى الى الاضرار به من وجهين أحدهما أنه يلحقه ضرر المنة ولهذا توقف ثبوت الملك للموهوب له على قبوله دفعا لضرر المنة والثانى أن الموصى به قد يكون شيأ يتضرر به الموصى له كالعبد الاعمى والزمن والمقعد ونحو ذلك والى هذا أشار فى الاصل فقال أرأيت لو أوصى بعبيد عميان أيجب عليه القبول شاء أو أبى وتلحقه نفقتهم من غير أن يكون له منهم نفع فلو لزمه الملك من غير قبوله للحقه الضرر من غير التزامه والزام من له ولاية الالزام اذ ليس للموصى ولاية الزام الضرر فلا يلزمه بخلاف ملك الوارث لان اللزوم هناك بالزام من له ولاية الالزام وهو الله تبارك وتعالى فلم يقف على القبول كسائر الاحكام التى تلزم بالزام الشرع ابتداء وعلى هذا يخرج ما اذا كان الموصى له انه لا يعتق عليه مالم يقبل أو يموت من غير قبول لانه لا عتق بدون الملك ولا ملك بدون القبول أو بدون عدم الرد ووقوع اليأس عنه ولم يوجد القبول منه ولا وقع اليأس عن الرد مادام حيا فلا يعتق ولو مات الموصى ثم مات الموصى له قبل القبول صار الموصى به ملكا لورثة الموصى له استحسانا والقياس أن تبطل الوصية ويكون لورثته الخيار ان شاؤا قبلوا وان شاؤا ردوا (وجه) القياس الاول أن القبول أحد ركنى العقد وقد فات بالموت فيبطل الركن الآخر كما اذا أوجب البيع ثم مات المشترى قبل القبول أو أوجب الهبة ثم مات الموهوب له قبل القبول انه يبطل الايجاب لما قلنا كذا هذا (وجه) القياس الثانى أن الموصى له فى حياته كان له القبول والرد فاذا مات تقوم ورثته مقامه (وجه) الاستحسان ان أحد الركنين من جانب الموصى له هو عدم الرد منه وذلك بوقوع اليأس على الرد منه وقد حصل ذلك بموته فتم الركن (وأما) على عبارة القبول فنقول ان القبول من الموصى له لا يشترط لعينه بل لوقوع اليأس عن الرد وقد حصل ذلك بموت الموصى له وعلى هذا يخرج ما اذا أوصى له بجاريته التى ولدت من الموصى له بالنكاح انها لا تصير أم ولد له مالم يقبل الوصية أو يموت قبل القبول فاذا مات صارت أم ولد له لانه ملك جارية قد ولدت منه بالنكاح فتصير أم ولد له وينفسخ النكاح وان لم يعلم الموصى له بالوصية حتى مات أو علم ولم يقبل حتى مات فهو على القياس والاستحسان اللذين ذكرنا ولو كان حيا ولم يعلم بالوصية وهو يطؤها بالنكاح حتى ولدت أولادا ثم علم بالوصية فهو بالخيار ان شاء قبل الوصية فكانت الجارية أم ولد له وأولادها أحرارا ان كانوا يخرجون من الثلث وان شاء لم يقبل فلا تكون الجارية أم ولد له لان قبوله شرط فان قبل فقد صارت الجارية أم ولد له لانه ملكها بالقبول ومن استولد جارية غيره بالنكاح ثم ملكها تصير أم ولد له وأولادها أحرارا ان كانوا يخرجون من الثلث لان عند القبول يثبت الملك من وقت موت الموصى فتبين أن الملك ثبت له فى الجارية من ذلك الوقت كما فى البيع بشرط الخيار ان عند الاجازة يثبت الحكم وهو الملك من وقت البيع كذا ههنا واذا ثبت الملك من وقت موت الموصى يحكم بفساد النكاح من ذلك الوقت فتبين أن الاولاد ولدوا على فراش ملك اليمين فدخلوا تحت الوصية فيملكهم بالقبول فيعتقون اذا كانوا يخرجون من الثلث وان لم يقبل الوصية كانت الجارية ملكا لورثة الموصى والاولاد ارقاء لان الولد يتبع الام فى الرق والحرية ولو أوصى بالثلث لرجلين ومات الموصى فرد أحدهما وقبل الآخر الوصية كان للآخر حصته من الوصية لانه أضاف الثلث اليهما وقد صحت الاضافة فانصرف الى كل واحد منهما نصف الثلث فاذا رد أحدهما الوصية ارتد فى نصفه وبقى النصف الآخر لصاحبه الذى قبل كمن أقر بالف لرجلين فرد أحدهما اقراره ارتد فى نصيبه خاصة وكان للآخر نصف الاقرار كذا ههنا بخلاف ما اذا أوصى بالثلث لهذا والثلث لهذا فرد أحدهما وقبل الآخر ان كل الثلث للذى قبل الا انه اذا قبل صاحبه يقسم الثلث بينهما لضرورة المزاحمة اذ ليس أحدهما بأولى من الآخر فاذا رد أحدهما زالت المزاحمة فكان جميع الثلث له واذا ثبت أن القبول ركن فى عقد الوصية

فوقت القبول ما بعد موت الموصى ولا حكم للقبول والرد قبل موته حتى لو رد قبل الموت ثم قبل بعده صح قبوله لان الوصية ايجاب الملك بعد الموت والقبول أو الرد يعتبر كذا الايجاب لانه جواب والجواب لا يكون الا بعد تقدم السؤال ونظيره اذا قال لامرأته اذا جاء غد فانت طالق على ألف درهم انه انما يعتبر القبول أو الرد اذا جاء غد كذا هذا فاذا كان التصرف يقع ايجابا بعد الموت يعتبر القبول بعده والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان معنى الوصية فالوصية اسم لما أوجبه الموصى فى ماله بعد موته وبه تنفصل عن البيع والاجارة والهبة لان شيأ من ذلك لا يحتمل الايجاب بعد الموت ألا ترى أنه لو أوجبها بعد الموت بطل وذكر الكرخى عليه الرحمة فى حد الوصية ما أوجبه الموصى فى ماله تطوعا بعد موته أو فى مرضه الذى مات فيه فقوله ما أوجبه الموصى فى ماله تطوعا بعد موته لا يشمل جميع أفراد الوصايا فانه لا يتناول الوصية بالقرب الواجبة التى تسقط بالموت من غير وصية كالحج والزكاة والكفارات ونحوها فلم يكن الحد جامعاً وقوله أو فى مرضه حد متمم وانه فاسد وكذا تبرع الانسان بماله فى مرضه الذى مات فيه من الاعتاق والهبة والمحاباة والكفالة وضمان الدرك لا يكون وصية حقيقة لان حكم هذه التصرفات منجز نافذ فى الحال قبل الموت وحكم الوصية يتأخر الى ما بعد الموت فلم تكن هذه التصرفات من المريض وصية حقيقة الا انها تعتبر بالوصايا فى حق اعتبار الثلث فاما ان تكون وصية حقيقة فلا وعلى هذا يخرج ما اذا أوصى بثلث ماله أو ربعه وقد ذكر قدرا من ماله مشاعا أو معينا ان قدر ما يستحقه الموصى له من مال هو ماله الذى عند الموت لا ما كان عند الوصية حتى لو أوصى بثلث ماله وماله يوم أوصى ثلاثة آلاف ويوم مات ثلثمائة لا يستحق الموصى له الا مائة ولو لم يكن له مال يوم أوصى ثم اكتسب مالا ثم مات فله ثلث المال يوم مات ولو كان له مال يوم أوصى فمات وليس له مال بطلت وصيته وانما كان كذلك لما ذكرنا أن الوصية تمليك مضاف الى وقت الموت فيستحق الموصى له ما كان على ملك الموصى عند موته ويصير المضاف الى الوقت كالمنجز عنده كانه قال عند الموت لفلان ثلث مالى فيعتبر ما يملكه فى ذلك الوقت لا ما قبله وذكر ابن سماعة فى نوادره عن أبى يوسف رحمه الله تعالى فقال اذا أوصى رجل فقال لفلان شاة من غنمى أو نخلة من نخلى أو جارية من جوارى ولم يقل من غنمى هذه ولا من جوارى هؤلاء ولا من نخلى هذه فان الوصية فى هذا تقع يوم موت الموصى ولا تقع يوم أوصى حتى لو ماتت غنمه تلك أو باعها فاشترى مكانها أخرى أو ماتت جواريه فاشترى غيرهن أو باع النخل واشترى غيرها فان للموصى له نخلة من نخله يوم يموت وليس للورثة ان يعطوه غير ذلك لما بينا ان الوصية عقد مضاف الى الموت فكانه قال فى تلك الحالة لفلان شاة من غنمى فيستحق شاة من الموجود دون ما قبله قال فان ولدت الغنم قبل ان يموت الموصى أو ولدت الجوارى قبل موته فلحقت الاولاد الامهات ثم مات الموصى فان للورثة ان يعطوه ان شاؤا من الامهات وان شاؤا من الاولاد لان الاسم يتناول الكل عند الموت فكان المستفاد بالولادة كالمستفاد بالشراء قال فان اختار الورثة أن يعطوه شاة من غنمه ولها ولد قد ولدته بعد موت الموصى فان ولدها يتبعها وكذلك صوفها ولبنها لان الوصية وان تعلقت بشاة غير معينة لكن التعيين من الورثة يكون بيانا أن الشاة المعينة هى من الموصى بها كان الوصية وقعت بهذه المعينة ابتداء فما احدث من نمائها بعد الموت يكون للموصى له قال فاما ما ولدت قبل موت الموصى فلا يستحقه الموصى له لان الوصية اعتبارها عند الموت فالحادث قبل الموت يحدث على ملك الورثة وكذلك الصوف المنفصل واللبن المنفصل قبل الموت لما قلنا فاما ان كان متصلا بها فهو للموصى له وان حدث قبل الموت لانه لا ينفرد عنها بالتمليك قال ولو استهلكت الورثة لبن الشاة أو صوفها وقد حدث بعد الموت فعليهم ضمانه لان الموصى له ملكه بملك الاصل فيكون مضمونا بالاتلاف قال ولو قال أوصيت له بشاة من غنمى هذه أو بجارية من جوارى هؤلاء أو قال قد أوصيت له باحدى جاريتى هاتين فهذا على هذه الغنم وهؤلاء الجوارى لانه عين الموصى به وهو الشاة من الغنم المشار اليها حتى لو ماتت الغنم أو باعها بطلت الوصية كالو قال أوصيت بهذه الشاة أو بهذه الجارية فهلكت ولو ولدت الغنم أو الجوارى فى حال

حياة الموصى ثم أراد الورثة أن يعطوه من الاولاد ليس لهم ذلك لان الوصية تعلقت بعين مشار اليها وان لم يثبت الملك فيها ينزل في غيرها فان دفع الورثة اليه جارية من الجوارى لم يستحق ماولدت قبل الموت لان الوصية لم تكن وجبت فيها لان الملك في الوصية انما ينتقل بالموت فما حدث قبل الموت يحدث على ملك الميت فيكون للورثة وماولدت بعد الموت فهو للموصى له لانه ملكها بالموت فحدث الولد على ملكه قال فان ماتت الامهات كلها الا واحدة تعينت الوصية فيها لانه لم يبق من يزاحمها في تعلق الوصية فتعينت ضرورة انتفاء المزاحم فان ماتت الامهات كلها وقد بقى لها أولاد حدثت بعد الموت أو أحرق النخل وبقى لها ثمر حدث بعد الموت فعلى الورثة ان يدفعوا اليه ولد جارية وثمرة نخلة لان الوصية كانت متعلقة بها فيظهر الاستحقاق في الولد الحادث بعده فاذا هلكت الام بقى الحق في الولد على حاله ولا يظهر فيما حدث قبل الموت والله سبحانه وتعالى عز وجل أعلم

﴿فصل﴾ وأما شرائط الركن فبعضها يرجع الى نفس الركن وبعضها يرجع الى الموصى وبعضها يرجع الى الموصى له وبعضها يرجع الى الموصى به (أما) الذى يرجع الى نفس الركن فهو ان يكون القبول موافقا للايجاب فان خالف الايجاب لم يصح القبول لانه اذا خالفه لم يرتبط فبقى الايجاب بلا قبول فلا يتم الركن وبيان ذلك اذا قال لرجلين أوصيت بهذه الجارية لكما فقبل أحدهما بعد موت الموصى ورد الآخر لم يصح القبول لانه أوصى لهما جميعا فكان وصية لكل واحد منهما بنصف الجارية وكانت الجارية بينهما والقبول فاذا رد أحدهما لم يوجد الشرط وهو قبولهما جميعا فبطلت الوصية ولو أوصى بها لانسان ثم أوصى بها لآخر فقبل أحدهما الوصية بعد موت الموصى ورد الآخر فالنصف للموصى له والنصف لورثة الموصى لانه أوصى لكل واحد منهما على حياله فلا يشترط اجتماعهما في القبول فاذا رد أحدهما بعد موت الموصى لم يتم الركن في حقه بل بطل الايجاب في حقه فعاد نصيبه الى ورثة الموصى فصح القبول من الآخر فاستحق نصف الوصية كالشفيعين اذا سلم أحدهما الشفعة بعد قضاء القاضى بالشفعة ان ذلك النصف يكون للمشترى ولا يكون للشفيع الآخر (وأما) الذى يرجع الى الموصى فأنواع منها ان يكون من أهل التبرع في الوصية بالمال وما يتعلق به لان الوصية بذلك تبرع بايجابه بعد موته فلابد من أهلية التبرع فلا تصح من الصبى والمجنون لانهما ليسا من أهل التبرع لكونه من التصرفات الضارة المحضة اذ لا يقابله عوض دنيوى وهذا عندنا وقال الشافعى رحمه الله في أحد قوليه وصية الصبى العاقل في القرب صحيحة واحتج بما روى أن سيدنا عمر رضى الله عنه أجاز وصية غلام يافع وهو الذى قرب ادراكه ولان في وصيته نظرا له لانه يثاب عليه ولو لم يوص لزال ملكه الى الوارث من غير ثواب لانه يزول عنه جبرا شاء أو أبى فكان هذا تصرفا نافعا في حقه فأشبه صلاة التطوع وصوم التطوع والجواب اما اجازة سيدنا عمر رضى الله عنه فيحتمل أن وصية ذلك الصبى كانت لتجهيزه وتكفينه ودفنه ووصية الصبى في مثله جائزة عندنا لانه يثبت من غير وصية (وأما) قوله يحصل له عوض وهو الثواب فمسلم لكنه ليس بعوض دنيوى فلا يملكه الصبى كالصدقة مع ما أن هذا في حد التعارض لانه كما يثاب على الوصية يثاب على الترك للوارث بل هو أولى في بعض الاموال لما بينا فيما تقدم وسواء مات قبل الادراك أو بعده لانها وقعت باطلة فلا تنقلب الى الجواز بالادراك الا بالاستئناف وسواء كان الصبى مأذونا في التجارة أو محجورا لان الوصية ليست من باب التجارة اذ التجارة معاوضة المال بالمال ولو أضاف الوصية الى ما بعد الادراك بان قال اذا أدركت ثم مت فثلث مالى لفلان لم يصح لان عبارته لم تقع صحيحة فلا تعتبر في ايجاب الحكم بعد الموت ولا تصح وصية العبد المأذون والمكاتب لانهما ليسا من أهل التبرع ولو أوصيا ثم أعتقا وملكا مالا ثم ماتا لم تجز لوقوعها باطلة من الابتداء ولو أضاف أحدهما الوصية الى ما بعد العتق بان قال اذا أعتقت ثم مت فثلث مالى لفلان صح فرق بين العبد والصبى ووجه الفرق أن عبارة الصبى فيما يتضرر به ملحقة بالعدم لنقصان عقله فلم تصح عبارته من الاصل بل بطلت والباطل لا حكم له بل هو ذاهب متلاش في حق الحكم فاما عبارة العبد فصحيحة لصدورها عن عقل مميز الا أن امتناع تبرعه لحق المولى فاذا

عتق فقد زال المانع والله سبحانه وتعالى أعلم ومنها رضا الموصى لانها ايجاب ملك أو ما يتعلق بالملك فلا بد فيه من الرضا كايجاب الملك بسائر الاشياء فلا تصح وصية الهازل والمكره والخاطئ لان هذه العوارض تفوت الرضا وأما اسلام الموصى فليس بشرط لصحة وصيته فتصح وصية الذمى بالمال للمسلم والذمى فى الجملة لان الكفر لا ينافى أهلية التمليك ألا ترى أنه يصح بيع الكافر وهبته فكذا وصيته وكذا الحربى المستأمن اذا أوصى للمسلم أو الذمى يصح فى الجملة لما ذكرنا غير انه ان كان دخل وارثه معه فى دار الاسلام وأوصى بأكثر من الثلث وقف ما زاد على الثلث على اجازة وارثه لانه بالدخول مستأمنا التزم أحكام الاسلام أو ألزمه من غير التزامه لامكان اجراء الاحكام عليه ما دام فى دار الاسلام ومن أحكام الاسلام أن الوصية بما زاد على الثلث ممن له وارث تقف على اجازة وارثه وان لم يكن له وارث أصلا تصح من جميع المال كما فى المسلم والذمى وكذلك اذا كان له وارث لكنه فى دار الحرب لان امتناع الزيادة على الثلث لحق الورثة وحقهم غير معصوم لانه لا عصمة لانفسهم وأموالهم فلان لا يكون لحقهم الذى فى مال مورثهم عصمة أولى وذكر فى الاصل ولو أوصى الحربى فى دار الحرب بوصية ثم أسلم أهل الدار أو صاروا ذمة ثم اختصما الى فى تلك الوصية فان كانت قائمة بعينها أجزتها وان كانت قد استهلكت قبل الاسلام أبطلتها لان الحربى من أهل التمليك ألا يرى أنه من أهل سائر التمليكات كالبيع ونحوه فكانت وصيته جائزة فى نفسها الا أنه ليس لنا ولاية اجراء أحكام الاسلام وتنفيذها فى دارهم فاذا أسلموا أو صاروا ذمة قدرنا على التنفيذ فننفذها ما دام الموصى به قائما فاما اذا صار مستهلكا أبطلنا الوصية وألحقناها بالعدم لان أهل الحرب اذا أسلموا أو صاروا ذمة لا يؤاخذون بما استهلك بعضهم على بعض وبما اغتصب بعضهم من بعض بل يبطل ذلك كذا هذا ومنها ان لا يكون على الموصى دين مستغرق لتركته فان كان لا تصح وصيته لان الله تبارك وتعالى قدم الدين على الوصية والميراث لقوله تبارك وتعالى فى آية المواريث من بعد وصية يوصى بها أو دين و يوصى بها أو دين و توصون بها أو دين و يوصين بها أو دين ولما روى عن سيدنا على رضى الله تعالى عنه أنه قال انكم تقرؤن الوصية قبل الدين وقد شهدت رسول الله صلى الله عليه وسلم بدأ بالدين قبل الوصية أشار سيدنا على رضى الله عنه الى أن الترتيب فى الذكر لا يوجب الترتيب فى الحكم وروى انه قيل لابن عباس رضى الله عنهما انك تأمر بالعمرة قبل الحج وقد بدأ الله تبارك وتعالى بالحج فقال تبارك وتعالى وأتموا الحج والعمرة لله فقال رضى الله عنه كيف تقرؤن آية الدين فقالوا من بعد وصية يوصى بها أو دين فقال وبماذا تبدؤن قالوا بالدين قال رضى الله عنه هو ذاك ولان الدين واجب والوصية تبرع والواجب مقدم على التبرع ومعنى تقدم الدين على الوصية والميراث أنه يقضى الدين أولا فان فضل منه شئ يصرف الى الوصية والميراث والا فلا (وأما) معنى تقدم الوصية على الميراث فليس معناه ان يخرج الثلث و يعزل عن التركة و يبدأ بدفعه الى الموصى له ثم يدفع الثلثان الى الورثة لان التركة بعد قضاء الدين تكون بين الورثة و بين الموصى له على الشركة والموصى له شريك الورثة فى الاستحقاق كانه واحد من الورثة لا يستحق الموصى له من الثلث شيأ قل أو كثر الا و يستحق منه الورثة ثلثيه و يكون فرضهما معا لا يقدم أحدهما على الآخر حتى لو هلك شئ من التركة قبل القسمة يهلك على الموصى له والورثة جميعا ولا يعطى الموصى له كل الثلث من الباقى بل الهالك يهلك على الحقين والباقى يبقى على الحقين كما اذا هلك شئ من المواريث بعد الوصايا بخلاف الدين فانه اذا هلك بعض التركة و بقى البعض يستوفى كل الدين من الباقى وانما معناه انه يحسب قدر الوصية من جملة التركة أولا لتظهر سهام الورثة كما يحسب سهام أصحاب الفرائض أولا ليظهر الفاضل للعصبة ويحتمل أن يكون معنى قوله تبارك وتعالى يوصيكم الله فى أولادكم للذكر الى قوله تعالى من بعد وصية يوصى بها أى سوى ما لكم ان توصوه من الثلث أوصاكم الله بكذا وتكون بعد بمعنى سوى والله تعالى عز شأنه أعلم (وأما) الذى يرجع الى الموصى له فمنها أن يكون موجودا فان لم يكن موجودا لا تصح الوصية لان الوصية للمعدوم لا تصح وعلى هذا يخرج ما اذا قال أوصيت بثلث مالى لما فى بطن فلانة انها ان ولدت لما يعلم انه كان موجودا فى البطن صحت الوصية والا فلا

وانما يعلم ذلك اذا ولدت لاقل من ستة أشهر ثم يعتبر ذلك من وقت موت الموصى فى ظاهر الرواية وعند الطحاوى رحمه الله من وقت وجود الوصية وجه ماذكره الطحاوى رحمه الله ان سبب الاستحقاق هو الوصية فيعتبر وجوده (وجه) ظاهر الرواية أن وقت نفوذ الوصية واعتبارها فى حق الحكم وقت الموت فيعتبر وجوده من ذلك الوقت لانها اذا جاءت به لاقل من ستة أشهر من وقت الموت أو من وقت الوصية على اختلاف الروايتين تيقنا أنه كان موجودا اذ المرأة لا تلد لاقل من ستة أشهر واذا جاءت به لستة أشهر فصاعدا ألا يعلم وجوده فى البطن لاحتمال انها علقت بعده فلا يعلم وجوده بالشك الا اذا كانت المرأة معتدة من زوجها من طلاق أو وفاة فولدت الى سنتين منذ طلقها أو مات عنها زوجها فله الوصية لان نسب الولد يثبت من زوجها الى سنتين ومن ضرورة ثبات النسب الحكم بوجوده فى البطن وقت موت الموصى فرق بين الوصية لما فى البطن و بين الهبة لما فى البطن أن الهبة لا تصح والوصية صحيحة لان الهبة لا صحة لها بدون القبض ولم يوجد والوصية لا تقف صحتها على القبض ولو قال ان كان فى بطن فلانة جارية فلها وصية ألف وان كان فى بطنها غلام فله وصية ألفان فولدت جارية لستة أشهر الا يوما وولدت غلاما بعد ذلك بيومين فلهما جميع الوصية لانهما أوصى لهما جميعا لكن لاحدهما بالف وللآخر بالفين وقد علم كونهما فى البطن أما الجارية فلا شك فيها لانها ولدت لاقل من ستة أشهر من وقت موت الموصى فعلم انها كانت موجودة فى البطن فى ذلك الوقت وكذا الغلام لانه لما ولد لاكثر من ستة أشهر بيوم أو بيومين علم أنه كان فى البطن مع الجارية لانه توأم فكان من ضرورة كون أحدهما فى البطن كون الآخر كذلك لانهما علقا من ماء واحد فان ولدت غلامين وجاريتين لاقل من ستة أشهر فذلك الى الورثة يعطون أى الغلامين شاؤا وأى الجاريتين شاؤا الا أنه ما أوصى لهما جميعا وانما أوصى لاحدهما وليس أحدهما باولى من الآخر فكان البيان الى الورثة لانهم قائمون مقام المورث وقيل ان هذا الجواب على مذهب محمد رحمه الله تعالى فأما على قول أبى حنيفة رضى الله عنه فالوصية باطلة بناء على مسئلة أخرى وهو ما اذا أوصى بثلث ماله لفلان وفلان أو أوصى بثلث ماله لاحد هذين الرجلين روى عن أبى حنيفة رضى الله عنه ان الوصية باطلة وعند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله أنها صحيحة غيران عند أبى يوسف الوصية لهما جميعا وعند محمد لاحدهما وخيار التعيين الى الورثة يعطون أيهما شاؤا فقاسوا هذه المسألة على تلك لان المعنى يجمعهما وهو جهالة الموصى له ومنهم من قال ههنا يجوز فى قولهم جميعا وفرق بين المسئلتين من حيث ان الجهالة هناك مقارنة للعقد وههنا طارئة لان الوصية هناك حال وجودها أضيفت الى ما فى البطن لا الى أحد الغلامين واحدى الجاريتين ثم طرأت بعد ذلك بالولادة والبقاء أسهل من الابتداء كالعدة اذا قارنت النكاح منعته من الانعقاد فاذا طرأت عليه لا ترفعه كذا ههنا ولو قال ان كان الذى فى بطن فلانة غلاما فله ألفان وان كان جارية فلها ألف فولدت غلاما وجارية فليس لواحد منهما شئ من الوصية لانه جعل شرط استحقاق الوصية لكل واحد منهما أن يكون هو كل ما فى البطن بقوله ان كان الذى فى بطنها كذا فله كذا وكل واحد منهما ليس هو كل ما فى البطن بل بعض ما فيه فلم يوجد شرط صحة استحقاق الوصية فى كل واحد منهما فلا يستحق أحدهما شيأ بخلاف المسئلة الاولى لان قوله ان كان فى بطن فلانة جارية فلها كذا وان كان فى بطنها غلام فله كذا ليس فيه شرط أن يكون كل واحد كل ما فى البطن بل الشرط فيه أن يكون فى بطنها غلام وأن يكون فى بطنها جارية وقد كان فى بطنها غلام وجارية فوجد شرط الاستحقاق وكذلك لو أوصى بما فى بطن دابة لفلان أن ينفق عليه أن الوصية جائزة اذا قبل صاحبها وتعتبر فيه المدة على ماذكرنا هذا هو حكم الوصية لما فى البطن فأما حكم الاقرار بمال لما فى بطن فلانة فهذا فى الاصل على وجهين (اما) ان بين السبب (واما) ان لم يبين بل أطلق فان بين السبب (فاما) ان بين سببا هو جائز الوجود (واما) ان بين سببا هو مستحيل الوجود عادة فان بين سببا هو جائز الوجود عادة بان قال لما فى بطن فلانة على ألف درهم لانى استهلكت ماله أو غصبت أو سرقت جاز اقراره فى قولهم جميعا وان بين سببا هو مستحيل الوجود عادة بان قال لما فى بطن فلانة

على ألف درهم لانى استقرضت منه لايجوز فى قولهم جميعا لانه اسند اقراره الى سبب هو محال عادة وان لم يبين للاقرار سببا بل سكت عنه بان قال لما فى بطن فلانة على ألف درهم ولم يزد عليه فهذا الاقرار باطل فى قولهما وعند محمد صحيح (وجه) قوله أن تصرف العاقل يحمل على الصحة ما أمكن وأمكن تصحيحه بالحمل على سبب متصور الوجود فيحمل عليه تصحيحا له ولهما أن الاقرار المطلق بالدين يراد به الاقرار بسبب المداينة لانه هو السبب الموضوع لثبوت الدين وانه فى الدين ههنا محال عادة والمستحيل عادة كالمستحيل حقيقة ومنها أن يكون حيا وقت موت الموصى حتى لو قال أوصيت بثلث مالى لما فى بطن فلانة فولدت لاقل من ستة أشهر من وقت موت الموصى ولدا ميتا لا وصية له لان الميت ليس من أهل استحقاق الوصية كما ليس من أهل استحقاق الميراث بان ولد ميتا وأنها أخت الميراث ولو ولدت ولدين حيا وميتا فجميع الوصية للحى لان الميت لا يصلح محلا لوضع الوصية فيه ولهذا لو أوصى لحى وميت كان كل الوصية للحى كما لو أوصى لآدمى وحائط والله سبحانه وتعالى أعلم (ومنها) أن لا يكون وارث الموصى وقت موت الموصى فان كان لا تصح الوصية لما روى عن أبى قلابة رضى الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال ان الله تبارك وتعالى أعطى كل ذى حق حقه فلا وصية لوارث وفى هذا حكاية وهى ما حكى أن سليمان بن الاعمش رحمه الله تعالى كان مريضا فعاده أبو حنيفة رضى الله عنه فوجده يوصى لابنيه فقال أبو حنيفة رضى الله عنه ان هذا لا يجوز فقال ولم يا أبا حنيفة فقال لانك رويت لنا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا وصية لوارث فقال سليمان رحمه الله يا معشر الفقهاء أنتم الاطباء ونحن الصيادلة فقد نفى الشارع عليه الصلاة والسلام أن يكون لوارث وصية نصا وأشار الى تحول الحق من الوصية الى الميراث على ما بينا فيما تقدم ولانا لو جوزنا الوصية للورثة لكان للموصى أن يؤثر بعض الورثة وفيه ايذاء البعض وايحاشهم فيؤدى الى قطع الرحم وانه حرام وما أفضى الى الحرام فهو حرام دفعا للتناقض ثم الشرط أن لا يكون وارث الموصى وقت موت الموصى لا وقت الوصية حتى لو أوصى لاخيه وله ابن وقت الوصية ثم مات قبل موت الموصى ثم مات الموصى لم تصح الوصية لان الموصى له وهو الاخ صار وارث الموصى عند موته ولو أوصى لاخيه ولا ابن له وقت الوصية ثم ولد له ابن ثم مات الموصى صحت الوصية لان الاخ ليس بوارثه عند الموت لصيرورته محجوبا بالابن وانما اعتبرت الوراثة وقت موت الموصى لا وقت وصيته لان الوصية ليست بتمليك للحال ليعتبر كونه وارثا وقت وجودها بل هى تمليك عند الموت فيعتبر ذلك عند الموت وكذلك الهبة فى المرض بان وهب المريض لوارثه شيأ ثم مات أنه يعتبر كونه وارثا له وقت الموت لا وقت الهبة لان هبة المريض فى معنى الوصية حتى تعتبر من الثلث وعلى هذا يخرج ما اذا أوصى لامرأة أجنبية وهو مريض أو صحيح ثم تزوجها أنه لا يصح ولو أقر المريض لامرأة أجنبية بدين ثم تزوجها جاز اقراره لان الوصية انما تصير ملكا عند موت الموصى فيعتبر كونها وارثة له حينئذ وهى وارثته عند موته لانها زوجته فلم تصح الوصية (فاما) الاقرار فاعتباره حال وجوده وهى أجنبية حال وجوده فاعتراض الزوجية بعد ذلك لا يبطله وكذا لو وهب لها هبة فى مرض موته ثم تزوجها بطلت الهبة لان تبرعات المريض مرض الموت تعتبر بالوصايا ولو أوصى وهو مريض أو صحيح لابنه النصرانى صح لانه ليس بوارثه فلو أسلم الابن قبل موته بطلت وصيته لما قلنا أن اعتبارها بعد الموت وهو وارث بعد الموت ولو أقر المريض بدين لابنه النصرانى ثم أسلم لم يجز اقراره عند أصحابنا الثلاثة رحمهم الله تعالى وعند زفر رحمه الله تعالى يصح (وجه) قوله على نحو ما ذكرنا فى المرأة أن الاقرار يعتبر حال وقوعه وأنه غير وارث وقت الاقرار فاعتراض الوراثة بعد ذلك لا يبطل الدين الثابت كما قلنا فى المرأة (ولنا) أن الوراثة وان لم تكن موجودة عند الاقرار لكن سببها كان قائما وهو القرابة لكن لم يظهر عملها للحال لمانع وهو الكفر فعند زوال المانع يلحق بالعدم من الاصل ويعمل السبب من وقت وجوده لا من وقت زوال المانع كما فى البيع بشرط الخيار أن عند سقوط الخيار يعمل السبب وهو البيع فى الحكم من وقت وجوده لا من وقت

سقوط الخيار والجامع أن العامل عند ارتفاع المانع ذات البيع وذات القرابة فتستند السببية الى وقت وجود ذاته فيظهر أنه أقر لوارثه فلم يصح أو يقال ان اقرار المريض لوارثه انما يرد للتهمة وسبب التهمة وقت الاقرار موجود وهو القرابة بخلاف ما اذا أقر لامرأة أجنبية ثم تزوجها لان هناك سبب القرابة لم يكن موجودا وقت الاقرار لان السبب هو الزوجية ولم تكن وقت الاقرار وانما وجدت بعد ذلك و بعد وجودها لا تحتمل الاستناد فيقتصر على حال وجودها ولم يكن ذلك اقرارا لوارثه فيصح و يثبت الدين فى ذمته فلا يسقط بحدوث الزوجية وعلى التقريب الثانى لم يوجد سبب التهمة وقت الاقرار فيصح ولو كان ابنه مسلما لكنه مملوك فاوصى له ثم أعتق فالوصية باطلة لما ذكرنا ان أوان اعتبار الوصية أوان الموت وهو وارثه عند الموت ولو أقر له بالدين وهو مريض أو وهب له هبة فقبضها فان لم يكن عليه دين جاز ذلك لانه اذا لم يكن عليه دين كان الاقرار والهبة لمولاه وانه أجنبي عن الموصى فجاز وان كان عليه دين لا يجوز لان الاقرار والهبة يقعان له لا لمولاه لانه يقضى منه ديونه فتبين أن الاقرار كان لوارثه من طريق الاستناد فلا يصح أولا يصح لقيام سبب شبهة التهمة وقت الاقرار كما قلنا فى الاقرار لابنه النصرانى اذا أسلم ولو أوصى لبعض ورثته فاجاز الباقون جازت الوصية لان امتناع الجواز كان لحقهم لما يلحقهم من الاذى والوحشة بايثار البعض ولا يوجد ذلك عند الاجازة وفى بعض الروايات عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال لا وصية لوارث الا أن يجيزها الورثة ولو أوصى بثلث ماله لبعض ورثته ولاجنبى فان أجاز بقية الورثة جازت الوصية لهما جميعا وكان الثلث بين الاجنبى و بين الوارث نصفين وان ردوا جازت فى حصة الاجنبى و بطلت فى حصة الوارث وقال بعض الناس يصرف الثلث كله الى الاجنبى لان الوارث ليس بمحل للوصية فالتحقت الاضافة اليه بالعدم كما لو أوصى لحى وميت أن الوصية كلها للحى لما قلنا كذا هذا وهذا غير سديد لان الوصية للوارث ليست وصية باطلة بدليل أنه لو اتصلت بها الاجازة جازت والباطل لا يحتمل الجواز بالاجازة و به تبين أن الوارث محل للوصية لان التصرف المضاف الى غير محله يكون باطلا دل أنه محل وأن الاضافة اليه وقعت صحيحة الا أنها تبطل فى حصته برد الباقين واذا وقعت صحيحة فقد أوصى لكل واحد منهما بنصف الثلث ثم بطلت الوصية فى حق الوارث بالرد فبقيت فى حق الاجنبى على حالها كما لو أوصى لاجنبيين فرد أحدهما دون الآخر بخلاف المريض اذا أقر بدين لبعض ورثته ولاجنبى كما اذا اقر لهما بالف درهم والوارث مع الاجنبى تصادقا أنه لا يصح لهما الاقرار أصلا لا للوارث ولا للاجنبى لان الوصية تمليك فبطلانه فى حق أحدهما لا يوجب البطلان فى حق الآخر لانه لا يوجب الشركة والاقرار لهما بالدين اخبار عن دين مشترك بينهما فلو صح فى حق الاجنبى لكان فيه قسمة الدين قبل القبض وانها باطلة ولانه اذا كان اخبارا عن دين مشترك بينهما فالوارث يشارك الاجنبى فيما يقبض ثم تبطل حصته وفيه اقرار للوارث وأنه باطل بخلاف الوصية فان الوارث لا يشارك الاجنبى واذا بطل الاقرار أصلا تقسم التركة بين ورثة المقر فما أصاب الوارث المقر له من ذلك يكون بينه و بين الاجنبى الى تمام الاقرار وما زاد على ذلك يكون للوارث لانهما اذا تصادقا فمن زعمهما أن هذا القدر دين على الميت والدين مقدم على الميراث هذا اذا تصادقا فان تكاذبا أو أنكر الاجنبى شركة الوارث أورد الورثة اقراره فالاقرار باطل أيضاً فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله لما ذكرنا واذا بطل كان المال ميراثا بين ورثة المقر فما أصاب الوارث فهو له كله ولا شركة للاجنبى فيه لانه يكذبه فى ذلك وعند محمد يصح اقراره فى حق الاجنبى و يكون له خمسمائة وان كان الاجنبى يكذب الوارث والوارث يصدقه فى ذلك فالخمسمائة مما أصابه للاجنبى لانه لما صدقه الوارث فقد أقر أنه كان له على الميت خمسمائة دين وأنه مقدم على الميراث الا أنه ادعى الشركة فيه وهو يكذبه فى الشركة فكان القول قول الاجنبى و يأخذ تلك الخمسمائة كلها ولو أوصى لعبد وارثه لا يصح سواء كان على العبد دين أو لم يكن (أما) اذا لم يكن عليه دين فظاهر لان الوصية تقع لمولاه لان الملك يقع له فكانت الوصية لوارثه وان كان عليه دين فالوصية تقع لمولاه من وجه لانه اذا سقط عنه الدين يصير الموصى به للوارث وقت الوصية فكان وصية للوارث من

وجه فلا تصح الا اذا عتق قبل موت الموصى فتصح الوصية لان الوصية ايجاب الملك عند موت الموصى وهو كان حرا عند موته وكذا اذا أوصى لعبد نفسه فاعتقه قبل موته صحت وصيته له فان مات وهو عبد بطلت لان وصيته لمولاه ومولاه وارثه ولو أوصى لمكاتب وارثه لا يصح لان منفعة الوصية تحصل لوارثه فى الحال والمآل فى الحال باداء بدل الكتابة وفى المآل بالعجز ولو أوصى لمكاتب نفسه جاز لانه (اما) أن يعتق باداء بدل الكتابة فيصير أجنبيا فتجوز له الوصية (واما) أن يعجز و يرد فى الرق فيصير ميراثا لجميع ورثته لا لبعضهم دون بعض فلا يكون فى هذه الوصية ايثار بعض الورثة على بعض فتجوز كما لو أوصى بثلث ماله لورثته (ومنها) أن لا يكون قاتل الموصى قتلا حراما على سبيل المباشرة فان كان لم تصح الوصية له عندنا وبه أخذ الشافعى رحمه الله وقال مالك رحمه الله هذا ليس بشرط وتصح الوصية للقاتل واحتج بما ذكرنا من الدلائل لجواز الوصية فى أول الكتاب من غير فصل بين القاتل وغيره ولان الوصية تمليك وتملك والقتل لا ينافى أهلية التمليك (ولنا) ماروى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال لا وصية لقاتل وهذا نص و يروى أنه قال ليس لقاتل شىء ذكر الشىء نكرة فى محل النفى فتعم الميراث والوصية جميعا وبه تبين أن القاتل مخصوص عن عمومات الوصية ولان الوصية أخت الميراث ولا ميراث للقاتل لما روى عن سيدنا عمر وسيدنا على رضى الله عنهما أنهما لم يجعلا للقاتل ميراثا وعن عبيدة السلمانى أنه قال لا يرث قاتل بعد صاحب البقرة و يروى لا يورث قاتل بعد صاحب البقرة وهذا منه بيان لاجماع المسلمين من زمن سيدنا موسى عليه الصلاة والسلام الى زمن التابعين رضى الله عنهم على أنه لا ميراث للقاتل وذكر محمد رحمه الله هذه الآثار فى الاصل وقال والوصية عندنا بمنزلة ذلك لا وصية للقاتل ولان الورثة تتأذى بوضع الوصية فى القاتل كما تتأذى البعض بوضعها فى البعض فيؤدى الى قطع الرحم وأنه حرام ولان المجروح اذا صار صاحب فراش فقد تعلق حق الورثة بماله نظرا لهم لئلا يزيل المورث ملكه الى غيرهم لعداوة أو أذى لحقه من جهتهم فيتضررون بذلك لكن مع بقاء ملك المورث نظر الله لحاجته الى دفع حوائجه الاصلية وسبب ثبوت حقهم فى مرض الموت ماهو سبب ثبوت ملكهم بعد الموت وهو القرابة فكان ينبغى أن لا يملك التبرع بشىء من ماله الا أنه ملك ذلك على غير القاتل والوارث بخلاف القياس فيبقى الامر فيهما على أصل القياس ولان القتل بغير حق جناية عظيمة فتستدعى الزجر بابلغ الوجوه وحرمان الوصية يصلح زاجرا كحرمان الميراث فيثبت وسواء كان القتل عمدا أو خطأ لان القتل الخطأ قتل وأنه جاز المؤاخذة عليه عقلا وسواء أوصى له بعد الجناية أو قبلها لان الوصية انما تقع تمليكا بعد الموت فتقع وصية للقاتل تقدمت الجناية أو تأخرت ولا تجوز الوصية لعبد القاتل كان على العبد دين أو لم يكن ولا لمكاتبه لما ذكرنا فى عبد الوارث ومكاتبه وتجوز الوصية لابن القاتل ولابويه ولجميع قرابته لان ملك كل واحد منهما منفصل عن ملك صاحبه فلا تكون الوصية لاحدهما وصية لصاحبه ولو اشترك عشرة فى قتل رجل فاوصى لبعضهم بعد الجناية لم تصح لان كل واحد منهم قاتل على الكمال حين وجب القصاص على كل واحد منهم فكانت وصية لقاتله فلم تصح ولو كان أحدهم عبد الموصى فأوصى لبعضهم بعد الجناية وأعتق عبده ثم مات فالوصية باطلة ولا يبطل العتق ولكن العبد يسعى فى قيمته (أما) بطلان الوصية فلما ذكرنا ان كل واحد منهم قاتل فكان الموصى له قاتلا فلم تصح الوصية له (وأما) صحة الاعتاق وهذا ففيه ضرب اشكال وهو ان الاعتاق حصل فى مرض الموت والاعتاق فى مرض الموت وصية والوصية للقاتل لا تصح والعبد قاتل فينبغى أن لا ينفذ اعتاقه والجواب عنه من وجهين أحدهما ان الاعتاق فى مرض الموت ليس بوصية حقيقة لان الوصية تمليك والاعتاق اسقاط الملك وازالته لا الى أحد وهما متغايران بل متنافيان حقيقة وكذا الاعتاق ينجز حكمه للحال وحكم الوصية يتأخر الى ما بعد الموت فلم يكن الاعتاق فى مرض الموت وصية حقيقة الا انه يشبه الوصية من حيث انه يعتبر من الثلث لا غير والثانى ان كان فى معنى الوصية فالوصية بالاعتاق مردودة من حيث المعنى وان كانت نافذة صورة ألا

ترى ان العبد يسعى فى قيمته والسعاية قيمة الرقبة فكانت السعاية ردا للوصية معنى والعتق بعد وقوعه وان كان لا يحتمل النقض صورة يحتمله معنى برد السعاية التى هى قيمة الرقبة ولو أوصى لعبده بالثلث ثم قتله العبد لم تصح وصيته غير انه يعتق و يسعى فى جميع قيمته أما بطلان الوصية فلانه وصية للقاتل وأما نفاذ العتق فلان الوصية للقاتل ليست بباطلة بل هى صحيحة ألا ترى انها تقف على اجازة الورثة فى ظاهر الرواية فاذا أوصى له بثلث ماله فقد أوصى له بثلث رقبته لان رقبته من ماله فدخلت تحت الوصية بالثلث فلما مات الموصى ملك ثلث رقبته وتمليك ثلث رقبته منه يكون اعتاقا لثلثه عند الموت فيعتق ثلثه عند الموت ثم ينتقض من حيث المعنى برد السعاية كما لو أعتقه نصا فى مرض موته أو أضاف العتق الى ما بعد الموت بالتدبير غير ان عند أبى حنيفة رضى الله عنه وقعت الوصية له بثلث الرقبة لان الاعتاق متجزئ عنده فيعتق ثلث رقبته و يسعى فى ثلثيه لانه معتق البعض و يسعى فى ذلك الثلث الذى عتق ردا للوصية معنى بالسعاية لانه لا وصية للقاتل فيرد برد السعاية وعندهما وقعت الوصية له بكل الرقبة لانه عتق كله لان الاعتاق لا يتجزأ عندهما ومتى عتق كله يسعى فى كل قيمته ردا للوصية معنى فاتفق الجواب وهو السعاية فى جميع قيمته وانما اختلف الطريق ولو أوصى للقاتل ثم أجازت الورثة الوصية بعد موت الموصى ذكر فى الاصل انه يجوز ولم يذكر خلافا وذكر فى الزيادات ان على قول أبى يوسف لا يجوز وسكت عن قولهما فيدل على الجواز عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله لابى يوسف ما روينا عنه عليه الصلاة والسلام انه قال لا وصية لقاتل وقال عليه الصلاة والسلام ليس لقاتل شىء من غير فصل بين حال الاجازة وعدمها ولان المانع من الجواز هو القتل والاجازة لا تمنع القتل ولهما ان امتناع الجواز كان لحق الورثة لانهم يتأذون بوضع الوصية فى القاتل أكثر مما يتأذى البعض بايثار البعض بالوصية ثم جازت الوصية للبعض باجازة الباقين فههنا أولى والدليل على ان المانع هو حق الورثة ان الورثة ينتفعون ببطلان الوصية للقاتل وحق الانسان ما ينتفع به فاذا اجاز وافقد زال المانع فجازت ولهذا اجازت الوصية لبعض الورثة باجازة الباقين كذا هذا ولو كان القتل قصاصا لا يمنع صحة الوصية لانه ليس بقتل حرام وكذا لو كان القاتل صبيا لان قتله لا يوصف بالحرمة ولهذا لم يتعلق بشىء من ذلك حرمان الميراث فكذا حرمان الوصية وكذا القتل تسبيبا لا يمنع جواز الوصية كما لا يمنع حرمان الميراث على ما عرف فى كتاب الفرائض وأما الاقرار للقاتل بالدين فان صار صاحب فراش لم يجز وان كان يذهب و يجىء جاز لان اقرار المريض مرض الموت فى معنى الوصية ألا ترى انه لا يصح لوارثه كما لا تصح وصيته له واذا كان يذهب و يجىء كان فى حكم الصحيح فيجوز كما لو أقر لوارثه فى هذه الحالة وكذا الهبة فى المرض فى معنى الوصية فلا تصح للقاتل وعفو المريض عن القاتل فى دم العمد جائز لقوله تعالى وان تعفوا أقرب للتقوى ولا تنسوا الفضل بينكم مطلقا من غير فصل بين حال المرض والصحة ولان المانع من نفاذ تصرف المريض هو تعلق حق الورثة أو الغرماء وانما يتعلق حقهم بالمال والقصاص ليس بمال وبهذا علل فى الاصل وان كان القتل خطأ يجوز العفو من الثلث لان القتل الخطأ يوجب المال فكان عفوه بمنزلة الوصية بالمال وانها جائزة من الثلث ودلت هذه المسئلة على ان الدية كلها تجب على العاقلة ولا يجب على القاتل شىء لانه لو وجب لم يصح عفوه من الثلث فى حصة القاتل لانه يكون وصية للقاتل فى ذلك القدر ولا وصية للقاتل ولما جاز العفو ههنا من الثلث علم ان الدية لا تجب على القاتل وانما تجب على عاقلة القاتل حتى تكون وصية لعاقلة القاتل ثم الوصية للقاتل انما لا تجوز اذا لم تجز الورثة فان أجاز واجازت ولم يذكر فى الاصل اختلافا وذكر فى الزيادات قول أبى يوسف انها لا تجوز وان أجازت الورثة وسكت عن قول أبى حنيفة ومحمد رحمهم الله تعالى وجه قول أبى يوسف ان المانع من الجواز هو القتل وانه لا ينعدم بالاجازة ولهذا حرم الميراث اجازته الورثة أو لا ولانه لما قتله بغير حق صار كالحربى والوصية للحربى لا تجوز أجازت الورثة أم لم تجز كذا القاتل وجه ظاهر الرواية ان عدم الجواز لمكان حق الورثة لما ذكرنا فى الوصية لبعض الورثة فيجوز عند اجازتهم كما جازت لبعض الورثة عند اجازة الباقين

بل أولى لان من الناس من يقول بجواز الوصية للقاتل وهو مالك ولا أحد يقول بجواز الوصية للوارث فلما لحقتها الاجازة هناك فلان تلحقها ههنا أولى ومنها ان لا يكون حربيا عند مستأمن فان كان لا تصح الوصية له من مسلم أو ذمى لان التبرع بتمليك المال اياه يكون اعانة له على الحراب وانه لا يجوز وأما كونه مسلما فليس بشرط حتى لو كان ذميا فأوصى له مسلم أو ذمى جاز وكذا لو أوصى ذمى ذميا لقوله عليه الصلاة والسلام فاذا قبلوا عقد الذمة فاعلمهم ان لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين وللمسلم أن يوصى مسلما أو ذميا كذا لهم وسواء أوصى لاهل ملته أو لغير أهل ملته لعموم الحديث ولان الاختلاف بينه وبين غير أهل ملته لا يكون أكثر من الاختلاف بيننا وبينهم وذا لا يمنع جواز الوصية فهذا أولى وان كان مستأمنا فأوصى له مسلم أو ذمى ذكر فى الاصل انه يجوز لانه فى عهدنا فأشبه الذمى الذى هو فى عهدنا وتجوز الوصية للذمى وكذا الحربى المستأمن وروى عن أبى حنيفة رضى الله عنه انه لا يجوز وهذه الرواية بقول أصحابنا رحمهم الله أشبه فانهم قالوا انه لا يجوز صرف الكفارة والنذر وصدقة الفطر والاضحية الى الحربى المستأمن لما فيه من الاعانة على الحراب ويجوز صرفها الى الذمى لانا ما نهينا عن بر أهل الذمة لقوله سبحانه وتعالى لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم فى الدين ولم يخرجوكم من دياركم ان تبروهم وتقسطوا اليهم وقيل ان فى التبرع عليه فى حال الحياة بالصدقة والهبة روايتين عن أصحابنا فالوصية له على تلك الروايتين أيضا وكذا كونه من أهل الملك ليس بشرط حتى لو أوصى مسلم بثلث ماله للمسجد ان ينفق عليه فى اصلاحه وعمارته وتجصيصه يجوز لان قصد المسلم من هذه الوصية التقرب الى الله سبحانه وتعالى باخراج ماله الى الله سبحانه وتعالى لا التمليك الى أحد ولو أوصى المسلم لبيعة أو كنيسة بوصية فهو باطل لانه معصية ولو أوصى الذمى بثلث ماله للبيعة أو لكنيسة ان ينفق عليها فى اصلاحها أو أوصى لبيت النار أو أوصى بأن يذبح لعيدهم أو للبيعة أو لبيت النار ذبيحة جاز فى قول أبى حنيفة رحمه الله وعندهما لا يجوز وجملة الكلام فى وصايا أهل الذمة انها لا تخلو اما ان كان الموصى به أمرا هو قربة عندنا وعندهم أو كان أمرا هو قربة عندنا لا عندهم وأما ان كان أمرا هو قربة عندهم لا عندنا فان كان الموصى به شيأ هو قربة عندنا وعندهم بان أوصى بثلث ماله ان يتصدق به على فقراء المسلمين أو على فقراء أهل الذمة أو بعتق الرقاب أو بعمارة المسجد الاقصى ونحو ذلك جاز فى قولهم جميعا لان هذا مما يتقرب به المسلمون وأهل الذمة وان كان شيأ هو قربة عندنا وليس بقربة عندهم بان أوصى بان يحج عنه أو أوصى ان يبنى مسجد المسلمين ولم يبين لا يجوز فى قولهم جميعا لانهم لا يتقربون به فيما بينهم فكان مستهزئا فى وصيته والوصية يبطلها الهزل والهزل وان كان شيأ هو قربة عندهم لا عندنا بان أوصى بارض له تبنى بيعة أو كنيسة أو بيت نار أو بعمارة البيعة أو الكنيسة أو بيت النار أو بالذبح لعيدهم أو للبيعة أو لبيت النار ذبيحة فهو على الاختلاف الذى ذكرنا ان عند أبى حنيفة رحمه الله يجوز وعندهما لا يجوز وجه قولهما ان الوصية بهذه الاشياء وصية بما هو معصية والوصية بالمعاصى لا تصح وجه قول أبى حنيفة رحمه الله ان المعتبر فى وصيتهم ما هو قربة عندهم لا ما هو قربة حقيقة لانهم ليسوا من أهل القربة الحقيقية ولهذا لو أوصى بما هو قربة عندنا وليس بقربة عندهم لم تجز وصيته كالحج وبناء المسجد للمسلمين فدل أن المعتبر ما هو قربة عندهم وقد وجد ولكنا أمرنا ان لا نتعرض لهم فيما يدينون كما لا نتعرض لهم فى عبادة الصليب وبيع الخمر والخنزير فيما بينهم ولو بنى الذمى فى حياته بيعة أو كنيسة أو بيت نار كان ميراثا بين ورثته فى قولهم جميعا على اختلاف المذهبين أما على أصلهما فظاهر لانه معصية وأما عنده فلانه بمنزلة الوقف والمسلم لو جعل دارا وقفا ان مات صارت ميراثا كذا هذا فان قيل لم لا يجعل حكم البيعة فيما بينهم كحكم المسجد فيما بين المسلمين فالجواب ان حال المسجد يخالف حال البيعة لان المسجد صار خالصا لله تبارك وتعالى وانقطعت عنه منافع المسلمين وأما البيعة فانها باقية على منافعهم فانه يسكن فيها أساقفتهم ويدفن فيها موتاهم فكانت باقية على منافعهم فاشبه الوقف فيما بين المسلمين والوقف فيما بين المسلمين لا يزيل ملك الرقبة عنده فكذا هذا ولو أوصى مسلم بغلة جاريته ان تكون فى نفقة المسجد ومؤنته

فانهدم المسجد وقد اجتمع من غلتها شيء أنفق ذلك في بنائه لانه بالانهدام لم يخرج من ان يكون مسجدا وقد أوصى له بغلتها فتنفق في بنائه وعمارته والله سبحانه وتعالى أعلم ومنها أن لا يكون مملوكا للموصى اذا كانت الوصية بدراهم أو دنانير مسماة أو بشيء معين من ماله سوى رقبة العبد حتى لو أوصى لعبده بدراهم أو دنانير مسماة أو بشيء معين من ماله سوى رقبة العبد لا تصح الوصية لانه اذ ذاك يكون موصيا لنفسه ولو أوصى له بشيء من رقبته بان أوصى له بثلث رقبته جاز لان الوصية له بثلث رقبته تمليك ثلث رقبته منه وتمليك نفس العبد منه يكون اعتاقا فيصير ثلثه مدبرا في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وعندهما يصير كله مدبرا لان التدبير يتجزأ عنده كالاعتاق وعندهما لا يتجزأ ولو أوصى له بثلث ماله جازت وصيته وعتق ثلثه بعد موته لان رقبته دخلت في الوصية لانها ماله فوقعت الوصية عليها وعلى سائر املاكه ثم ينظر ان كان ماله دراهم ودنانير ينظر الى ثلثي العبد فان كانت قيمة ثلثي العبد مثل ما وجب له في سائر أمواله صار قصاصا وان كان في المال زيادة تدفع اليه الزيادة وان كان في ثلثي قيمة العبد زيادة تدفع الزيادة الى الورثة وان كانت التركة عروضا لا تصير قصاصا الا بالتراضي لاختلاف الجنس وعليه أن يسعى في ثلثي قيمته وله الثلث من سائر أمواله وللورثة أن يبيعوا الثلث من سائر أمواله حتى تصل اليهم السعاية وهذا قول أبي حنيفة رضي الله عنه وأما عندهما صار كله مدبرا فاذا مات عتق كله ويكون العتق مقدما على سائر الوصايا فان زاد الثلث على مقدار قيمته فعلى الورثة أن يدفعوا اليه فان كانت قيمته أكثر فعليه أن يسعى في الفضل والله سبحانه وتعالى أعلم ومنها أن لا يكون مجهولا جهالة لا يمكن ازالتها فان كان لم تجز الوصية له لان الجهالة التي لا يمكن استدراكها تمنع من تسليم الموصى به الى الموصى له فلا تفيد الوصية وعلى هذا يخرج ما اذا أوصى بثلث ماله لرجل من الناس انه لا يصح بلا خلاف ولو أوصى لاحد هذين الرجلين لا يصح في قول أبي حنيفة رضي الله عنه وعندهما يصح غير ان عند أبي يوسف رحمه الله الوصية تكون بينهما نصفين وعند محمد رحمه الله الخيار الى الوارث يعطي أيهما شاء (وجه) قول محمد ان الايجاب وقع صحيحا لان أحدهما وان كان مجهولا ولكن هذه جهالة تمكن ازالتها ألا ترى ان الموصى لو عين أحدهما حال حياته لتعين ثم ان محمدا يقول لما مات عجز عن التعيين بنفسه فيقوم وارثه مقامه في التعيين وأبو يوسف يقول لما مات قبل التعيين شاعت الوصية لهما وليس أحدهما بأولى من الآخر كمن أعتق أحد عبديه ثم مات قبل البيان ان العتق يشيع فيهما جميعا فيعتق من كل واحد منهما نصفه كذا ههنا يكون لكل واحد منهما نصف الوصية ولابي حنيفة ان الوصية تمليك عند الموت فتستدعي كون الموصى له معلوما عند الموت والموصى له عند الموت مجهول فلم تصح الوصية من الاصل كما لو أوصى لواحد من الناس فلا يمكن القول بالشيوع ولا يقام الوارث مقام الموصى في البيان لان ذلك حكم الايجاب الصحيح ولم يصح الا ان الموصى لو بين الوصية في أحدهما حال حياته صحت لان البيان انشاء الوصية لاحدهما فكان وصية مستأنفة لاحدهما عينا وانها صحيحة ولو كان له عبدان فأوصى بأرفعهما الرجل وبأخسهما لآخر ثم مات الموصى ثم مات أحد العبدين ولا يدري أيهما هو فالوصية بطلت في قول أبي حنيفة وزفر رحمهما الله اجتمعا على أخذ الباقي أو لم يجتمعا وقال أبو يوسف رحمه الله ان اجتمعا على أخذ الباقي فهو بينهما نصفان وان لم يجتمعا على أخذه فلا شيء لهما وروى عن أبي يوسف انه بينهما نصفان اجتمعا أو لم يجتمعا وعلى هذا يخرج الوصية لقوم لا يحصون انها باطلة اذا لم يكن في اللفظ ما ينبئ عن الحاجة وان كان فيه ما ينبئ عن الحاجة فالوصية جائزة لانهم اذا كانوا لا يحصون ولم يذكر في اللفظ ما يدل على الحاجة وقعت الوصية تمليكا منهم وهم مجهولون والتمليك من المجهول جهالة لا يمكن ازالتها لا يصح ثم اختلف في تفسير الاحصاء قال أبو يوسف ان كانوا لا يحصون الا بكتاب أو حساب فهم لا يحصون وقال محمد ان كانوا أكثر من مائة فهم لا يحصون وقيل ان كانوا بحيث لا يحصيهم محص حتى يولد منهم مولود ويموت منهم ميت فهم لا يحصون وقيل يفوض الى رأي القاضي وان كان في اللفظ ما يدل على الحاجة كان وصيته بالصدقة وهي اخراج المال الى الله سبحانه وتعالى والله سبحانه وتعالى واحد معلوم فصحت

الوصية ثم اذا صحت الوصية فالافضل للوصى أن يعطى الثلث لمن يقرب اليه منهم فان جعله فى واحد فما زاد جاز عند أبى حنيفة وأبى يوسف وعند محمد لا يجوز الا ان يعطى اثنين منهم فصاعدا ولا يجوز أن يعطى واحدا الا نصف الوصية و بيان هذه الجملة فى مسائل اذا أوصى بثلث ماله للمسلمين لم تصح لان المسلمين لا يحصون وليس فى لفظ المسلمين ماينبئ عن الحاجة فوقعت الوصية تمليكا من مجهول فلم تصح ولو اوصى لفقراء المسلمين أولمساكينهم صحت الوصية لانهم وان كانوا لا يحصون لكن عندهم اسم الفقير والمسكين ينبىء عن الحاجة فكانت الوصية لهم تقربا الى الله تبارك وتعالى طلبا لمرضاته لا لمرضاة الفقير فيقع المال لله تعالى عز وجل ثم الفقراء يتملكون بتمليك الله تعالى منهم والله سبحانه وتعالى عز شانه واحد معلوم ولهذا كان ايجاب الصدقة من الله سبحانه وتعالى من الاغنياء على الفقراء صحيحا وان كانوا لا يحصون واذا صحت الوصية فلو صرف الوصى جميع الثلث الى فقير واحد جاز عند أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد لا يجوز الا ان يعطى منهم اثنين فصاعدا ولا يجوز أن يعطى واحدا منهم الا نصف الثلث وجه قول محمد ان الفقراء اسم جمع وأقل الجمع الصحيح ثلاثة الا أنه أقام الدليل على ان لاثنين فى باب الوصية يقومان مقام الثلاث لان الوصية أخت الميراث والله تعالى أقام الثنتين من البنات مقام الثلاث منهن فى استحقاق الثلثين وكذا الاثنان من الاخوة والاخوات يقومان مقام الثلاث فى نقص حق الام من الثلث الى السدس ولا دليل على قيام الواحد مقام الجماعة مع ما ان الجمع مأخوذ من الاجتماع وأقل ما يحصل به الاجتماع اثنان ومراعاة معنى الاسم واجب ما أمكن ولهما ان هذا النوع من الوصية وصية بالصدقة وهى الزام المال حقا لله تبارك وتعالى وجنس الفقراء مصرف ما يجب لله عز وجل من الحقوق المالية فكان ذكر الفقراء لبيان المصرف لا لايجاب الحق لهم فيجب الحق لله تبارك وتعالى ثم يصرف الى من ظهر رضا الله سبحانه وتعالى بصرف حقه المال اليه وقد حصل بصرفه الى فقير واحد ولهذا جاز صرف ماوجب من الصدقات الواجبة بايجاب الله عز وجل الى فقير واحد وان كان المذكور بلفظ الجماعة بقوله تبارك وتعالى انما الصدقات للفقراء وقد خرج الجواب عما ذكره محمد رحمه الله على ان مراعاة معنى الجمع انما تجب عند الامكان فاما عند التعذر فلا بل يحمل اللفظ على مطلق الجنس كما فى قوله والله لا أتزوج النساء وقوله ان كلمت بنى آدم أوان اشتريت العبيد انه يحمل على الجنس ولا يراعى فيه معنى الجمع حتى يحنث بوجود الفعل منه فى واحد من الجنس وههنا لا يمكن اعتبار معنى الجمع لان ذلك مما لا غاية له ولا نهاية فيحمل على الجنس بخلاف ما اذا أوصى لمواليه وله مولى واحد انه لا يصرف كل الثلث اليه بل نصفه لان هناك ما التزم المال حقا لله تعالى عز وجل بل ملكه للموالى وهو اسم جمع فلا بد من اعتباره وكذا ذلك الجمع له غاية ونهاية فكان اعتبار معنى الجمع ممكنا فلا ضرورة الى الحمل على الجنس بخلاف جمع الفقراء وكذلك لو أوصى لفقراء بنى فلان دون أغنيائهم و بنو فلان قبيلة لا تحصى ولا يحصى فقراؤهم فالوصية جائزة لما قلنا بل أولى لانه لما صحت الوصية لفقراء المسلمين مع كثرتهم فلان تصح لفقراء القبيلة أولى فان لم يقل لفقرائهم ولكنه أوصى لبنى فلان ولم يزد عليه فهذا لا يخلو من أحد وجهين (اما) ان كان فلان أبا قبيلة (واما) ان لم يكن أبا قبيلة بل هو رجل من الناس يعرف بأبى فلان فان كان أبا قبيلة مثل تميم وأسد ووائل فان كان بنوه يحصون جازت الوصية لهم لانهم اذا كانوا يحصون فقد قصد الموصى تمليك المال منهم لا الاخراج الى الله تعالى فكان الموصى له بالثلث معلوما فتصح الوصية له كما لو أوصى لاغنياء بنى فلان وهم يحصون و يدخل فيه الذكور والاناث لان الاضافة الى أب القبيلة اضافة النسبة كالاضافة الى القبيلة ألا يرى انه يصح أن يقال هذه المرأة من بنى تميم كما يصح ان يقال هذا الرجل من بنى تميم فيدخل فيه كل من ينتسب الى فلان ذكرا كان أو أنثى غنيا كان أو فقيرا لانه ليس فى اللفظ ما ينبئ عن الحاجة وصار كما لو أوصى لقبيلة فلان ولو كان لبنى فلان موالى عتاقة يدخلون فى الوصية وكذا موالى مواليهم وحلفائهم وعبيدهم وكذا لو كان لهم موالى الموالاة لما ذكرنا أن المراد من قوله بنى فلان اذا كان فلان أبا قبيلة هو القبيلة لا أبناؤه حقيقة فكان المراد منه المنتسبين الى هذه القبيلة والمنتمون اليهم والحلفاء والموالى

ينتسبون الى القبيلة و ينتمون اليهم فى العرف والشرع قال عليه الصلاة والسلام موالى القوم منهم وفى رواية موالى القوم من أنفسهم وحليفهم منهم وروى انه قال فى جملة ذلك وعبيدهم منهم ولان بنى فلان اذا كانوا لا يحصون سقط اعتبار حقيقة البنوة فصار عبارة عمن يقع بهم لهم التناصر والموالى يقع بهم لهم التناصر وكذا الحليف والعديد اذ الحليف هو الذى حلف للقبيلة انه ينصرهم ويذب عنهم كما يذب عن نفسه وهم حلفوا له كذلك والعديد هو الذى يلحق بهم من غير حلف ولو أوصى لقبيلة فلان دخل فيه الموالى لان المراد من القبيلة الذين ينسبون اليه والموالى ينسبون اليه هذا اذا كانوا يحصون فان كانوا لا يحصون لا تجوز الوصية لما قلنا فى الوصية لبنى فلان بخلاف ما اذا أوصى لبنى فلان وهم يحصون وفلان أب خاص لهم وليس بابى قبيلة حيث كان الثلث لبنى صلبه ولا يدخل فيه مواليه لانه ما جرى العرف هناك انهم يريدون بهذه اللفظة المنتسب اليهم فبقيت اللفظة محمولة على الحقيقة ولهذا لا يدخل فى الوصية بنو بنيه والدليل على التفرقة بين الفصلين أن زيدا لو أعتق عبدا لا يقول المعتق أنا من بنى زيد اذا كان زيد أبا خاصا وان كان زيد أبا قبيلة يقول المعتق أنا من بنى زيد هذا هو المتعارف عندهم ولان بنى فلان اذا كانوا لا يحصون لم تصح الوصية لان الوصية وقعت لهم تمليك المال منهم وهم مجهولون ولا يمكن أن يجعل هذا وصية بالصدقة لانه ليس فى لفظ الابن ما ينبئ عن الحاجة لغة فلا يصح كما لو أوصى للمسلمين انه لا يصح لجهالة المالك منه ولم يجعل وصية بالصدقة لما قلنا كذا هذا وان كان ابا نسب وهو رجل من الناس يعرف كابن أبى ليلى وابن سيرين ونحو ذلك فان كانوا كلهم ذكورا دخلوا فى الوصية لان حقيقة اسم البنين للذكور لانه جمع الابن فيجب العمل بالحقيقة ما أمكن وقد أمكن وان كانوا كلهم اناثا لا يدخل فيه واحدة منهن لان اللفظ لا يتناولهن عند انفرادهن وان كانوا ذكورا واناثا فقد اختلف فيه قال أبو حنيفة وأبو يوسف رضى الله عنهم الوصية للذكور دون الاناث وقال محمد عليه الرحمة يدخل فيه الذكور والاناث وهو احدى الروايتين عن أبى حنيفة رواه يوسف بن خالد السمتى وذكر القدورى فى شرحه مختصر الكرخى الخلاف بين أبى حنيفة وصاحبيه (وجه) قول محمد رحمه الله ان الذكور مع الاناث اذا اجتمعا غلب الذكور الاناث و يتناول اسم الذكور الذكور والاناث وان كان لا يتناولهن حالة الانفراد ولهذا تتناول الخطابات التى فى القرآن العظيم باسم الجمع الذكور والاناث جميعا فكذا فى الوصية ولهما اعتبار الحقيقة وهو أن البنين جمع ابن والابن اسم للذكر حقيقة وكذا البنون فلا يتناول الا الذكور ولهذا لم يتناولهن حالة الانفراد فكذا حالة الاجتماع وهكذا نقول فى خطابات القرآن العظيم ان خطاب الذكور لا يتناول الاناث بصيغته بل بدليل زائد والدليل عليه ما روى أن النساء شكون الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلن يارسول الله ان الله سبحانه وتعالى يخاطب الرجال دوننا فنزل قوله تبارك وتعالى ان المسلمين والمسلمات الآية فلو كان خطاب الرجال يتناولهن لم يكن لشكايتهن معنى بخلاف ما اذا كان فلان أبا قبيلة أو بطن أو فخذ لان الاضافة الى القبيلة والبطن والفخذ لا يراد بها الاعيان وانما يراد بها الانساب وهى أن يكون منسوبا الى القبيلة والبطن والفخذ والذكر والانثى فى النسبة على السواء ولهذا يتناول الاسم الاناث منهم وان لم يكن فيهن ذكر ولا يتناول الاسم من ولد الرجل المعروف الاناث اللاتى لا ذكر معهن فان كان لفلان بنو صلب و بنو ابن فالوصية لبنى الصلب لانهم بنوه فى الحقيقة (وأما) بنو الابن فبنو بنيه حقيقة لا بنوه وانما يسمون بنيه مجازا واطلاق اللفظ يحمل على الحقيقة ما أمكن فان لم يكن له بنو الصلب فالوصية لبنى الابن لانهم بنوه مجازا فيحمل عليه عند تعذر العمل بالحقيقة وأما أبناء البنات فلا يدخلون فى الوصية عند أبى حنيفة عليه الرحمة وذكر الخصاف عن محمد رحمه الله انهم يدخلون كابناء البنين وسنذكر المسألة ان شاء الله تعالى فان كان له ابنان لصلبه فالوصية لهما فى قولهم جميعا لان اسم الجمع فى باب الوصية يتناول الاثنين فصاعدا فقد وجد من يستحق كل الوصية فلا يحمل على غيرهم وان كان له ابن واحد لصلبه صرف نصف الثلث اليه لان المذكور بلفظ الجمع وليس فى الواحد معنى الجمع فلا يستحق الواحد كل الوصية بل النصف و يرد النصف الباقى الى ورثة الموصى وان كان له ابن واحد لصلبه وابن

ابنه فالنصف لابنه والباقى يرد على ورثة الموصى فى قول أبى حنيفة رضى الله عنه وعندهما النصف لابنه وما بقى فلابن ابنه والصحيح قول أبى حنيفة لان اللفظ الواحد لا يحمل على الحقيقة والمجاز فى زمان واحد واذا صارت الحقيقة مرادة سقط المجاز وعندهما يجوز حمل اللفظ الواحد على الحقيقة والمجاز فى حالة واحدة وهذا غير سديد لان الحقيقة اسم للثابت المستقر فى موضعه والمجاز ما انتقل عن موضعه والشئ الواحد فى زمان واحد يستحيل أن يكون ثابتاً فى محله ومنتقلا عن محله ولو كان له بنات و بنو ابن فلا شئ للفريقين فى قول أبى حنيفة رضى الله عنه وفى قولهما هو بينهم بالسوية لان عند أبى حنيفة ولد الصلب اذا كان حياً يسقط معه ولد الولد غير ان ولد الصلب ههنا البنات على الانفراد واسم البنين لا يتناول البنات على الانفراد فلم تصح الوصية فى الفريقين جميعاً وعلى أصلهما تحمل الوصية على ولد الولد اذا لم يجز أولاد الولد بالوصية و يتناولهما الاسم على الاشتراك وصاروا كالبطن الواحد فيشترك ذكورهم واناثهم ولو قال أوصيت بثلث مالى لاخوة فلان وهم ذكور وأناث فهو على الخلاف الذى ذكرنا عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله هو للذكور دون الاناث وعند محمد رحمه الله هو بينهم بالسواء لا يزاد الذكر على الانثى والحجج على نحو ما ذكرنا فى المسألة المتقدمة ولو أوصى لولد فلان فالذكر فيه والانثى سواء فى قولهم جميعاً لان الولد اسم للمولود وانه يتناول الذكر والانثى ولو كانت له امرأة حامل دخل ما فى بطنها فى الوصية لان الوصية أخت الميراث لان الاستحقاق فى كل واحد منهما يتعلق بالموت ثم الحمل يدخل فى الميراث فيدخل فى الوصية فان كان له بنات و بنو ابن فالوصية لبناته دون بنى ابنه لان اسم الولد للبنات بانفرادهن حقيقة ولاولاد الابن مجاز ومهما أمكن حمل اللفظ على الحقيقة لا يحمل على المجاز فان لم يكن له ولد صلب فالوصية لولد الابن يستوى فيه ذكورهم وأناثهم لانه تعذر العمل بحقيقة اللفظ فيعمل بالمجاز تصحيحاً لكلام العاقل ولا يدخل أولاد البنات فى الوصية فى قول أبى حنيفة رضى الله عنه وذكر الخصاف عن محمد رحمهما الله ان ولد البنات يدخلون فيها كولد البنين وذكر فى السير الكبير اذا أخذ الامان لنفسه وولده لم يدخل فيه أولاد البنات فصار عن محمد رحمه الله روايتان (وجه) رواية الخصاف أن الولد ينسب الى أبويه جميعاً لانه ولد أبيه و ولد أمه حقيقة لانخلاقه من مائهما جميعا ثم ولد ابنه ينسب اليه فكذا ولد بنته ولهذا يضاف أولاد سيدتنا فاطمة رضى الله تعالى عنها الى أبيها رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال صلى الله عليه وسلم للحسن رضى الله عنه ان ابنى هذا لسيد وأن الله تبارك وتعالى يصلح به بين الفئتين وروى أنه عليه الصلاة والسلام قال للحسن والحسين رضى الله عنهما ان ابنى لسيدا كهول أهل الجنة وكذا يقال لسيدنا عيسى ابن مريم عليه الصلاة والسلام انه من بنى آدم وان كان لا ينتسب اليه الا من قبل أمه ولابى حنيفة أن أولاد البنات ينسبون الى آبائهم لا الى أب الام قال الشاعر

بنونا بنو أبنائنا و بناتنا ■ بنوهن أبناء الرجال الاباعد

(وأما) قوله ان الولد ينسب الى أبيه والى أمه قلنا نعم و بنت الرجل ولده حقيقة فكان ولدها ولده حقيقة بواسطتها حتى تثبت جميع أحكام الاولاد فى حقه كما تثبت فى أولاد البنين الا أن النسب الى الامهات مهجور عادة فلا ينسب أولاد البنات الى آباء الامهات بوساطتهن ولا يدخلون تحت النسبة المطلقة وأولاد سيدتنا فاطمة رضى الله تعالى عنهم لم تهجر نسبتهم اليها فينسبون الى رسول الله صلى الله عليه وسلم بواسطتها وقيل انهم خصوا بالنسبة اليه عليه الصلاة والسلام تشريفا واكراما لهم وقد روى بعض مشايخنا عن شمس الائمة الحلوانى رحمه الله فى هذا حديثاً عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال كل بنى بنت بنو أبيهم الا أولاد فاطمة رضى الله تعالى عنها فانهم أولادى فان لم يكن له الا ولد واحد فالثلث له سواء كان ذكراً أو أنثى لان اسم الولد يتناول الولد الواحد فما زاد عليه حقيقة ولا يتناول الجمع قال هشام سألت محمداً عن رجل له ابن و بنت فقال أوصيت لفلان بمثل نصيب أحد ابنى ثم مات الموصى فكم يجعل للموصى له قال ذلك الى الورثة ان شاؤا اعطوه أقل الانصباء قلت له فان كان له ابنتان وابن قال فكذلك أيضا قلت

فان كان له ابنان و بنت أو ابنان و بنتان أو بنون و بنات فقال قد أوصيت لفلان بمثل نصيب أحد ابنى فقال يعطى الموصى له فى هذا نصيب ابن وانما كان كذلك لانه اذا قال أحد ابنى وله ابن و بنت علم انه سمى الانثى ابنا لاجتماعها مع الذكر فدخلت فى الكلام فكان للورثة ان يحملوا الوصية على نصيبهما واذا كان له بنون و بنات أو ابنان و بنات فقال أحد بنى يقع على الذكور فتحمل الوصية على نصيب واحد منهم دون نصيب البنات قال محمد رحمه الله فاذا كان له بنت وابن أو ابن و بنتان أو ابن و بنات فالابن وحده لا يكون بنين والامر على ماذكره محمد لان اسم الجمع لا يتناول الواحد فلا بد من ادخال الاناث معه فحملت الوصية على نصيب أحدهم فهذا اشارة الى اعتبار حقيقة اللفظ وان الاسم يحمل على الذكور الا عند التعذر ولو أوصى ليتامى بنى فلان فان كان يتاماهم يحصون جازت الوصية لانهم اذا كانوا يحصون وقعت الوصية لهم باعيانهم لكونهم معلومين فامكن ايقاعها تمليكا منهم فصحت كما لو اوصى ليتامى هذه السكة أو هذه الدار و يستوى فيها الغنى والفقير لان اليتيم فى اللغة اسم لمن مات أبوه ولم يبلغ الحلم وهذا لا يتعرض للفقر والغنا وقال الله سبحانه وتعالى ان الذين يأكلون أموال اليتامى ظلما وقال عليه الصلاة والسلام ابتغوا فى أموال اليتامى خيرا كيلا تأكلها الصدقة قد سموا يتامى وان كان لهم مال فكل صغير مات أبوه يدخل تحت الوصية ومن لا فلا فان كانوا لا يحصون فالوصية جائزة وتصرف الى الفقراء منهم لانها لو صرفت الى الاغنياء لبطلت لجهالة الموصى له ولو صرفت الى الفقراء لجازت لانها وصية بالصدقة واخراج للمال الى الله تعالى والله تعالى واحد معلوم وأمكن أن تجعل الوصية للفقراء وان لم يكن فى اللفظ ما ينبئ عن الحاجة لغة لكنه ينبئ عن سبب الحاجة وعما يوجب الحاجة بطريق الضرورة لان الصغر والانفراد عن الاب أعظم أسباب الحاجة اذ الصغير عاجز عن الانتفاع بماله ولا بد له ممن يقوم بايصال منافع ماله اليه وكذا هو عاجز عن القيام بحفظ ماله واستنمائه ولا بقاء للمال عادة الا بالحفظ والاستنماء وهو عاجز عن ذلك كله فيصير فى الحكم كمن انقطعت عليه منافع ماله بسبب بعده عن ماله وهو ابن السبيل فصار الاسم بهذه الوساطة منبئا عن الحاجة ولهذا المعنى جعل الله لليتامى سهما من خمس الغنيمة بقوله تبارك وتعالى واعلموا انما غنمتم من شىء فان لله خمسه وللرسول ولذى القربى واليتامى وقال تبارك وتعالى ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى فلله وللرسول ولذى القربى واليتامى وأراد به المحتاجين منهم دون الاغنياء واذا كان كذلك أمكن تصحيح هذا التصرف بجعله ايصاء بالصدقة وكذلك اذا أوصى لزمنى بنى فلان أو لعميانهم لان الاسم يدل على سبب الحاجة عادة وهو الزمانة والعمى بخلاف ما اذا أوصى لبنى فلان وهم لا يحصون انه لا يصح لانه لا يمكن تصحيحه بطريق التمليك بجهالة الموصى لهم ولا بطريق الايصاء بالصدقة لانه ليس فى لفظ الابن ما ينبئ عن الحاجة ولا ما يوجب الحاجة وههنا بخلافه على ما بينا فتصح الوصية ثم اذا صحت وانصرفت الوصية الى الفقراء من اليتامى فان صرف الى اثنين منهم فصاعدا أجاز بالاجماع وان صرف جميع الثلث الى واحد فهو على الخلاف الذى ذكرنا والافضل للموصى أن يصرف الى كل من قدر منهم لانه أقرب الى العمل بحقيقة اللفظ وتحقيق مقصود الموصى ولو أوصى بثلث ماله لارامل بنى فلان جازت الوصية سواء كن يحصين أو لا يحصين أما اذا كن يحصين فلا يشكل فان الوصية وقعت تمليكا منهن باعيانهن لكونهن معلومات وكذلك اذا كن لا يحصين لان فى الاسم ما يدل على الحاجة لان الارملة اسم لامرأة بالغة فارقت زوجها بطلاق أو وفاة دخل بها أو لم يدخل كذا قال محمد رحمه الله وقال ابن الانبارى الارملة التى لا زوج لها من قولهم أرمل القوم فهم مرملون اذا فنى زادهم ومن فنى زاده كان محتاجا فكان فى الاسم ما ينبئ عن الحاجة فتقع وصية بالصدقة واخراج المال الى الله تبارك وتعالى والله سبحانه وتعالى واحد معلوم وهل يدخل فى هذه الوصية الرجال الذين فارقوا أزواجهم قال عامة العلماء رضى الله عنهم لا يدخلون وقال الشافعى رحمه الله يدخل فى كل من خرج من كرمة فلان ذكرا كان أو أنثى واليه ذهب القتبى واحتجا بقول جرير الشاعر

هذى الارامل قدقضيت حاجتها * فمن لحاجة هذا الارمل الذكر

أطلق اسم الارمل على الرجل (ولنا) أن حقيقة هذا الاسم للمرأة لما ذكرنا عن محمد وهو من كبار أهل اللغة روى عنه أبو عبيد وأبو العباس ثعلب وأقرانهم كما روينا عن الخليل والاصمعى وأقرانهما وقال الخليل يقال امرأة أرملة ولا يقال رجل أرمل الا فى المليح من الشعر وقال ابن الانبارى رحمه الله لا يقال رجل أرمل الا فى الشعر ونحو ذلك ولان الاسم لما كان مشتقا من قولهم أرمل القوم اذا فنى زادهم فالمرأة هى التى فنى زادها بموت زوجها لان النفقة على الزوج لا على المرأة فاذا مات فقد فنى زادها وبه تبين أن قول جرير محمول على مليح الشعر كما قال الخليل أو هو شاذ كما قال ابن الانبارى أو لازدواج الكلام قال الله سبحانه وتعالى وجزاء سيئة سيئة مثلها وقال تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم وقوله سبحانه وتعالى وان عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به وكما قال الشاعر

فان تنكحى أنكح وأن تتأيمى * مدا الدهر مالم تنكحى أتأيم

(ومعلوم) أن الرجل لا يسمى أيما لكن أطلق عليه لازدواجه بقوله وأن تتأيمى كذا ههنا واطلاق الاسم لا ينصرف الى ما لا يذكر الا لضرورة تمليح الشعر وازدواج الكلام أو فى الشذوذ لان مطلق الاسم ينصرف الى ما تتسارع اليه الافهام والاوهام وذلك ما قلنا ولو أوصى لايامى بنى فلان فان كن يحصين جازت الوصية لما قلنا وان كن لا يحصين لا تجوز لانه ليس فى لفظ الايم ما ينبئ عن الحاجة لتجعل وصيته بالصدقة لان الايم فى اللغة اسم لامرأة جومعت فى قبلها فارقها زوجها وشرحه محمد رحمه الله قال الايم كل امرأة جومعت بنكاح جائز أو فاسد أو فجور ولا زوج لها غنية كانت أو فقيرة صغيرة كانت أو كبيرة وليس فى هذه المعانى ما ينبئ عن الحاجة فلا يكون ايصاء بالتصدق بخلاف الوصية لارامل بنى فلان وهن لا يحصين انها جائزة لان اسم الارملة ينبئ عن الحاجة على ما بينا فجعل وصية بالصدقة ثم اذا كن يحصين حتى جازت الوصية يدخل فيها الصغيرة والبالغة والغنية والفقيرة لان الاسم فى اللغة لا يتعرض لما سوى الانوثة وحلول الجماع بها فى قبلها وفراق زوجها وقال الله تبارك وتعالى وانكحوا الايامى منكم وانه يتناول الكبيرة والصغيرة حتى يجوز انكاح الصغار كما يجوز انكاح الكبار وكذا لا يتعرض للفقر والغنا لانه سبحانه وتعالى قال عز من قائل ان يكونوا فقراء يغنهم الله من فضله ولو كان متعرضا لشىء من ذلك لم يكن لقوله سبحانه وتعالى ان يكونوا فقراء معنى وهذا الذى ذكرنا ان الايم اسم لامرأة جومعت فى قبلها فارقها زوجها قول عامة المسلمين وقال أبو القاسم الصفار البلخى وأبو الحسن الكرخى رحمهما الله ان الجماع ليس بشرط لثبوت هذا الاسم وكذا الانوثة بل يقع هذا الاسم على المدخول بها وعلى البكر ويقع على الرجل كما يقع على المرأة واحتجا بقول الشاعر

ان القبور تنكح الايامى * النسوة الارامل اليتامى

ومعلوم أن القبر يضم البكر الى نفسه كما يضم الثيب وقال الشاعر

فان تنكحى أنكح وان تتأيمى * مدا الدهر مالم تنكحى أتأيم

أى أمكث بلا زوج ما مكثت أنت بلا زوج وقال آخر

فلا تنكحن جارة ان سرها * عليك حرام فانكحن أو تأيم

والجواب أن حقيقة اللغة ما حكينا عن نقلة اللغة وهم أهل دقائق الالفاظ فيقبل نقلهم اياها فيما وضعت له وما ورد فى استعمال بعض الفصحاء معدولا به عن تلك الحقائق يحمل على المجاز اما بطريق المقابلة والازدواج أو باعتبار بعض المعانى التى وضع لها الاسم والدليل على أن الانوثة أصل وانه لا يقع على الذكر أنه لا يدخل علامة التأنيث فيه يقال امرأة أيم ولا يقال أيمة ولو كان الاسم يتناول الذكر والانثى لفرقوا بينهما بادخال علامة التأنيث فى المرأة وذكر الفقيه أبو جعفر الهندوانى ان ما ذكر محمد فى صفة الايم جومعت بفجور أو غير فجور مذهبهما فاما عند أبى حنيفة رحمه الله التى جومعت بفجور لا تدخل فى هذه الوصية لان التى جومعت بفجور بكر لا أيم عنده حتى

تزوج كما تزوج الابكار عنده ومنهم من قال هذا قولهم جميعاً لانها أيم حقيقة لوجود الجماع الا انها تزوج كما تزوج الابكار عنده لمشاركتها الابكار عنده في المعنى الذى أقيم فيه السكوت مقام الرضا نطقاً في حقها باعتبار السكوت وهو الحياء على ما عرف في مسائل الخلاف ولو أوصى لكل ثيب من بنى فلان ان كن يحصين صحت الوصية لما ذكرنا في المسائل المتقدمة ويدخل تحت هذه الوصية كل امرأة جومعت بحلال أو حرام لها زوج أو لم يكن لها زوج بلغت مبلغ النساء أو لم تبلغ كذا ذكر محمد ويدخل فيه الفقيرة والغنية والصغيرة والكبيرة لان اللفظ لا يتعرض لذلك وقال الله تبارك وتعالى ثيبات وأبكارا أدخل فيه الصغار والكبار والفقيرات والغنيات يدل عليه انهن دخلن فيما يقابله وهو قوله سبحانه وتعالى وأبكارا فكذا في قوله تعالى ثيبات فدل الامر على اشتراط الدخول لانه قابل الثيبات بالابكار وهن اللاتى لم يجامعن فكانت الثيبات اللاتى جومعن لتصح المقابلة ولا تشترط مفارقتها زوجها بخلاف الارملة لان اللغة كذا تقتضى فيتبع فيه وضع أرباب اللغة ولا يدخل فيه الرجل لان هذا الاسم لا يتناول الرجل حقيقة وان ورد في الحديث عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال والثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة لان ذلك اطلاق بطريق المجاز للازدواج والمقابلة وان كن لا يحصين لم تجز الوصية لانه ليس في الاسم ما ينبئ عن الحاجة لما ذكرنا أنه اسم لانثى من بنات آدم عليه الصلاة والسلام جومعت وليس في الاوصاف المذكورة في الخدما ينبئ عن الحاجة فلا يراد بهذه الوصية الا التمليك والمتملك مجهول فلا يصح ولو أوصى لكل بكر من بنى فلان يجوز اذا كن محصورات لما قلنا ويدخل فيه الصغيرة والكبيرة الغنية والفقيرة اذ البكر اسم لامرأة لم تجامع بنكاح ولا غيره كذا قال محمد رحمه الله واطلاق هذا الاسم على الذكر في الحديث وهو قوله عليه الصلاة والسلام البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام بطريق المجاز وهو المجاز بطريق المقابلة والازدواج أو كان لها حقيقة ثم غلب استعماله في متعارف الخلق على الانثى فصار بحال لا تنصرف أوهام الناس عند اطلاقه الا الى الانثى فيحمل الحديث على المجاز ولو كانت عذرتها زالت بالوضوء أو بالوثبة أو بذرور الدم تستحق الوصية لانها لم تجامع ومن الناس من خالف محمدا رحمه الله قالوا ان هذه أيضاً لا تستحق الوصية لانها ليست ببكر والصحيح ما ذكره محمد رحمه الله لما ذكرنا وذكر محمد رحمه الله أن التى زالت بكارتها بفجور لا تكون بكرا ولا تكون لها وصية وقال بعض مشايخنا منهم الفقيه أبو جعفر الهندوانى رحمه الله ان هذا قولهما (فاما) عند أبى حنيفة رحمه الله فانها بكر وتستحق الوصية ومنهم من قال لا خلاف في انها لا تستحق الوصية لانها ليست ببكر حقيقة لعدم حد البكارة وانما تزوج تزوج الابكار عند أبى حنيفة رحمه الله لما ذكرنا والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب ولو أوصى لذوى قرابته أو قراباته أو لانسابه أو لارحامه أو لذوى أرحامه هذه الالفاظ الخمسة سواء فعند أبى حنيفة الوصية بهذه الالفاظ للاقرب فالاقرب فالحاصل ان عند أبى حنيفة عليه الرحمة يعتبر في هذه الوصية خمسة أشياء الرحم المحرم والاقرب فالاقرب وجمع الوصية وهو اثنان فصاعدا وان يكون سوى الوالدين والمولودين وأن يكون ممن لا يرث وعندهما يدخل في هذه الوصية ذو الرحم المحرم والقريب والبعيد الى أقصى أب له في الاسلام حتى لو أوصى للعلوية والعباسية يصرف الثلث الى من اتصل بسيدنا على وبسيدنا العباس رضى الله عنهما الا الى من فوقهما من الآباء ولا خلاف في اعتبار الاوصاف الثلاثة وهى اعتبار جمع الوصية وان لا يكون والداً ولا ولداً وان يكون ممن لا يرث (أما) الاول فلان لفظ ذوى لفظ جمع وأقل الجمع في باب الوصية اثنان لان الوصية أخت الميراث وفي باب الميراث كذلك فان الثنتين من البنات والاخوات الحقتا بالثلاث فصاعدا في استحقاق الثلثين وحجب الام من الثلث الى السدس على ما مر حتى لو أوصى لذوى قرابته استحق الواحد فصاعدا كل الوصية لان ذى ليس بلفظ جمع وأما الثانى فلان الوالد والولد لا يسميان قرابتين عرفا وحقيقة أيضاً لان الاب أصل والولد فرعه وجزؤه والقريب من يقرب من غيره لا من نفسه فلا يتناوله اسم القريب وقال الله سبحانه وتعالى الوصية للوالدين والاقربين عطف الاقرب على الوالد والعطف يقتضى المغايرة في الاصل واذا لم يدخل الوالد والولد في

هذه الوصية فهل يدخل فيها الجد وولد الولد ذكر في الزيادات انهما يدخلان ولم يذكر فيه خلافا وذكر الحسن ابن زياد عن أبي حنيفة رحمهم الله انهما لا يدخلان وهكذا روى عن أبي يوسف رحمه الله وهو الصحيح لان الجد بمنزلة الاب وولد الولد بمنزلة الولد فاذا لم يدخل فيها الوالد والولد كذا الجد وولد الولد (وأما) الثالث فلما روينا عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال لا وصية لوارث وانما الخلاف في موضعين أحدهما أنه يعتبر المحرم عند أبي حنيفة وعندهما لا يعتبر والثاني أنه يعتبر الاقرب فالاقرب عنده وعندهما لا يعتبر (وجه) قولهما أن القريب اسم مشتق من معنى وهو القرب وقد وجد القرب فيتناول الرحم المحرم وغيره والقريب والبعيد وصار كما لو أوصى لاخوته أنه يدخل الاخوة لاب وأم والاخوة لاب والاخوة لام لكونه اسما مشتقا من الاخوة كذا هذا والدليل عليه ماروى عن أبي هريرة رضي الله عنه أنه لما نزل قوله تبارك وتعالى وأنذر عشيرتك الاقربين جمع رسول الله صلى الله عليه وسلم قريشا فخص وعم فقال يامعشر قريش انقذوا أنفسكم من النار فاني لا أملك لكم من الله تبارك وتعالى ضرا ولا نفعا يامعشر بني قصي انقذوا أنفسكم من النار فاني لا أملك لكم من الله عز شأنه ضرا ولا نفعا وكذلك قال عليه الصلاة والسلام لبني عبد المطلب ومعلوم أنه كان فيهم الاقرب والابعد وذو الرحم المحرم وغير المحرم فدل أن الاسم يتناول كل قريب الا أنه لا يمكن العمل بعمومه لتعذر ادخال أولاد سيدنا آدم عليه الصلاة والسلام فيه فتعتبر النسبة الى أقصى أب في الاسلام لانه لما ورد الاسلام صارت المعرفة بالاسلام والشرف به فصار الجد المسلم هو النسب فتشرفوا به فلا يعتبر من كان قبله ولابي حنيفة رحمه الله أن الوصية لما كانت باسم القرابة أو الرحم فالقرابة المطلقة هي قرابة ذي الرحم المحرم ولان معنى الاسم يتكامل بها وأما في غيرها من الرحم غير المحرم فناقص فكان الاسم للرحم المحرم لا لغيره لانه لو كان حقيقة لغيره فاما أن يعتبر الاسم مشتركا أو عاما ولا سبيل الى الاشتراك لان المعنى متجانس ولا الى العموم لان المعنى متفاوت فتعين أن يكون الاسم لما قلنا حقيقة ولغيره مجازا بخلاف الوصية لاخوته لان مأخذ الاسم وهو الاخوة لا يتفاوت فكان اسما عاما فيتناول الكل وههنا بخلافه على ما بينا ولان المقصود من هذه الوصية هو صلة القرابة وهذه القرابة هي واجبة الوصل محرمة القطع لا تلك والظاهر من حال المسلم الدين المسارعة الى اقامة الواجب فيحمل مطلق اللفظ عليه بخلاف ما اذا أوصى لاخوته لان قرابة الاخوة واجبة الوصل محرمة القطع على اختلاف جهاتها فهو الفرق بين الفصلين وجواب أبي يوسف ومحمد رحمهما الله على زعمهما كان يستقيم في زمانهما لان أقصى أب الاسلام كان قريبا يصل اليه بثلاثة آباء أو أربعة آباء فكان الموصى له معلوما فاما في زماننا فلا يستقيم لان عهد الاسلام قد طال فتقع الوصية لقوم مجهولين فلا تصح الا أن نقول انه يصرف الى أولاد أبيه وأولاد جده وأولاد جد أبيه والى أولاد أمه وأولاد جدته وجدة أمه لان هذا القدر قد يكون معلوما فيصرف اليهم فاما الزيادة على ذلك فلا والله سبحانه وتعالى أعلم فان ترك عمين وخالين وهم ليسوا بورثته بان مات وترك ابنا وعمين وخالين فالوصية للعمين لا للخالين في قول أبي حنيفة رضي الله عنه لانه يعتبر الاقرب فالاقرب والعمان أقرب اليه من الخالين فكانا أولى بالوصية وعندهما الوصية تكون بين العمين والخالين أرباعا لان القريب والبعيد سواء عندهما ولو كان له عم واحد وخالان فللعم نصف الثلث وللخالين النصف الآخر لان الوصية حصلت باسم الجمع وأقل من يدخل تحت اسم الجمع في الوصية اثنان فلا يستحق العم الواحد أكثر من نصف الوصية لان أقل من ينضم اليه مثله واذا استحق هو النصف بقي النصف الآخر لا مستحق له أقرب من الخالين فكان لهما وعندهما يقسم الثلث بينهم أثلاثا لاستواء الكل في الاستحقاق فان كان له عم واحد ولم يكن له غيره من ذوي الرحم المحرم فنصف الثلث لعمه والنصف يرد على ورثة الموصي عنده لان العم الواحد لا يستحق أكثر من النصف فبقي النصف الآخر لا مستحق له فتبطل فيه الوصية وعندهما يصرف النصف الآخر الى ذي الرحم الذي ليس بمحرم ولو أوصى لاهل بيته يدخل فيه من جمعه آباؤهم أقصى أب في الاسلام حتى ان الموصي لو كان علويا يدخل في هذه الوصية كل من ينسب الى سيدنا علي رضي الله

عنه من قبل الاب وان كان عباسيا يدخل فيها كل من ينسب الى العباس رضى الله عنه من قبل الاب سواء كان بنفسه ذكرا أو أنثى بعد ان كانت نسبته اليه من قبل الآباء ولا يدخل من كانت نسبته من قبل الام لان المراد من أهل البيت أهل بيت النسب والنسب الى الآباء وأولاد النساء آباؤهم قوم آخرون فلا يكون من أهل بيته ويدخل تحت الوصية لاهل بيته أبوه وجده اذا كان ممن لا يرث لان بيت الانسان أبوه ومن ينسب الى بيته فالاب أصل البيت فيدخل فى الوصية ولا يدخل فى الوصية بالقرابة لان القرابة من تقرب الى الانسان بغيره لا بنفسه وذلك لا يوجد فى اب وكذلك لو أوصى لنسبه أو حسبه فهو على قرابته الذين ينسبون الى أقصى أب له فى الاسلام حتى لو كان آباؤه على غير دينه دخلوا فى الوصية لان النسب عبارة عمن ينسب الى الاب دون الام وكذلك الحسب فان الهاشمى اذا تزوج أمة فولدت منه ينسب الولد اليه لا الى أمه وحسبه أهل بيت أبيه دون أمه فثبت أن النسب والحسب يختص بالاب دون الام وكذلك اذا أوصى لجنس فلان فهم بنو الاب لان الانسان يتجنس بأبيه ولا يتجنس بأمه فكان المراد منه جنسه فى النسب وكذلك اللحمة عبارة عن الجنس وذكر المعلى عن أبى يوسف اذا أوصى لقرابته فالقرابة من قبل الاب والام والجنس واللحمة من قبل الاب لان القرابة من يتقرب الى الانسان بغيره وهذا المعنى يوجد فى الطرفين بخلاف الجنس على ما بينا وكذلك الوصية لآل فلان هو بمنزلة الوصية لاهل بيت فلان فلا يدخل أحد من قرابة الام فى هذه الوصية ولو أوصى لاهل فلان فالوصية لزوجة فلان خاصة فى قول أبى حنيفة وعندهما هذا على جميع من يعولهم فلان ممن تضمه نفقته من الاحرار فيدخل فيه زوجته واليتيم فى حجره والولد اذا كان يعوله فان كان كبيرا قد اعتزل عنه أو كان بنتا قد تزوجت فليس من أهله ولا يدخل فيه مماليكه ولا وارث الموصى ولا الموصى لاهله (وجه) قولهما أن الاهل عبارة عمن ينفق عليه قال الله تبارك وتعالى خبرا عن نبيه سيدنا نوح عليه الصلاة والسلام ان ابنى من أهلى وقال تبارك وتعالى فى قصة لوط عليه الصلاة والسلام فنجيناه وأهله ولابى حنيفة رحمه الله ان الاهل عند الاطلاق يراد به الزوجة فى متعارف الناس يقال فلان متأهل وفلان لم يتأهل وفلان له أهل وفلان ليس له أهل ويراد به الزوجة فتحمل الوصية على ذلك ولا يدخل فيه المماليك لانهم لا يسمون أهل المولى ولا يدخل فيه وارث الموصى لانه ان خرج منه لا يدخل فعند الاطلاق أولى ولا يدخل فلان الذى أوصى لاهله لان الوصية وقعت للمضاف اليه والمضاف غير المضاف اليه فلا يدخل فى الوصية كما لو أوصى لولد فلان ان فلانا لا يدخل فى الوصية لما قلنا كذا هذا والله سبحانه وتعالى أعلم ولو أوصى بثلث ماله لاخوته وله ست اخوة متفرقة وله أولاد يحوزون ميراثه فالثلث بين اخوته سواء لانهم فى استحقاق الاسم سواء بخلاف الوصية لاقرباء فلان انه يصرف الى الاقرب فالاقرب عند أبى حنيفة لان القرابة تحتمل التفاوت فى القرب والبعد وأما الاخوة فلا تحتمل التفاوت ألا ترى انه يقال هذا أقرب من فلان ولا يقال هذا أكثر اخوة من فلان هذا اذا كان له ولد يحوز ميراثه فان لم يكن فلا شئ للاخوة من الاب والام والاخوة من الام لانهم ورثة ولا وصية لوارث وللاخوة من قبل الاب ثلث ذلك الثلث لانهم لا يرثون ولا يقال اذا لم تصح الوصية للاخوة لاب وأم وللاخوة لام ينبغى ان يصرف كل الثلث الى الاخوة للاب لانا نقول نعم هكذا ولم تصح الاضافة الى الاخوة لاب وأم والى الاخوة لام والاضافة اليهم وقعت صحيحة بدليل انه لو أجازت الورثة جازت الوصية لهم وصار هذا كرجل أوصى بثلث ماله لثلاثة نفر فمات اثنان منهم قبل موت الموصى فللباقى منهم ثلث الثلث لان الاضافة اليهم وقعت صحيحة كذا هذا بخلاف ما اذا أوصى لفلان وفلان وأحدهما ميت لان هناك الاضافة لم تصح لان الميت ليس بمحل للوصية أصلا فلم يدخل تحت الاضافة قال أبو يوسف رحمه الله فى رجل أوصى بثلث ماله فى الصلة وله اخوة واخوات وبنو اخ وبنو اخت يوضع الثلث فى جميع قرابته من هؤلاء ومن ولد منهم بعد موته لاقل من ستة أشهر لان الصلة يراد بها صلة الرحم فكأنه نص عليه ومن ولد منهم لاقل من ستة أشهر علم انه كان موجودا يوم موت الموصى فيدخل فى الوصية وذكر محمد رحمه

الله

الله فى الزيادات اذا أوصى بثلث ماله لاختانه ثم مات فالاختان أزواج البنات والاخوات والعمات والخالات فكل امرأة ذات رحم محرم من الموصى فزوجها من أختانه وكل ذى رحم محرم من زوجها من ذكر وأنثى فهو أيضا من أختانه ولا يكون الاختان الا أزواج ذوات الرحم المحرم ومن كان من قبلهم من ذى الرحم المحرم ولا يكون من الاختان من كان من قبل نساء الموصى أى زوجاته لان من ينسب الى الزوجة فهو صهر وليس بختن على ما نذكران شاء الله تعالى وقول محمد رحمه الله حجة فى اللغة وذكر محمد رحمه الله فى الاملاء أيضا اذا قال قد أوصيت لاختانى فاختانه أزواج كل ذات رحم محرم من الزوج فان كانت له أخت و بنت اخت وخالة ولكل واحدة منهن زوج ولزوج كل واحدة منهن أب فكلهم جميعا أختان والثلث بينهم بالسوية الذكر والانثى فيه سواء أم الزوج وأختانه وغير ذلك فيه سواء على ما بينا فقد نص محمد رحمه الله فى موضعين على ان الاختان ما ذكر وقول محمد حجة فى اللغة وقال فى الاملاء اذا قال أوصيت بثلث مالى لاصهارى فهو على كل ذى رحم محرم من زوجته وزوجة أبيه وزوجة ابنه وزوجة كل ذى رحم محرم منه فهؤلاء كلهم أصهاره ولا تدخل فى ذلك الزوجة ولا امرأة أبيه ولا امرأة أخيه وقول محمد رحمه الله حجة فى اللغة والدليل أيضا على ان الاصهار من كان من أهل الزوجة ما روى انه عليه الصلاة والسلام لما أعتق صفية وتزوجها اعتق من ملك ذا رحم محرم منها اكراما لها وكانوا يسمون اصهاره عليه الصلاة والسلام وقال فى الاملاء قال أبو حنيفة رضى الله عنه اذا أوصى فقال ثلث مالى لجيرانى فهو لجيرانه الملاصقين لداره من السكان عبيدا كانوا أو أحرارا نساء كانوا او رجالا ذمة كانوا او مسلمين بالسوية قربت الابواب او بعدت اذا كانوا ملاصقين للدار وعندهما الثلث لهؤلاء الذين ذكرهم ابو حنيفة رضى الله عنه ولغيرهم من الجيران من أهل المحلة ممن يضمهم مسجد او جماعة واحدة ودعوة واحدة فهؤلاء جيرانه فى كلام الناس وقال فى الزيادات عن أبى حنيفة رضى الله عنه اذا اوصى لجيرانه فقياسه ان يكون للملاصقين وقول أبى حنيفة عليه الرحمة ينبغى ان يكون الثلث للسكان وغيرهم ممن يسكن تلك الدور التى تجب لاجلها الشفعة ومن كان منهم له دار فى تلك الدور وليس بساكن فيها فليس من جيرانه قال محمد رحمه الله فاما أنا فأستحسن ان أجعل الوصية لجيرانه الملاصقين ممن يملك الدور وغيرهم ممن لا يملكها ولمن يجمعه مسجد تلك المحلة التى فيها الموصى من الملاصقين وغيرهم السكان ممن فى تلك المحلة وغيرهم سواء فى الوصية الاقربون والابعدون والكافر والمسلم والصبى والمرأة فى ذلك سواء وليس للمماليك والمدبرين وأمهات الاولاد فى ذلك شئ (وأما) المكاتبون فهم فى الوصية اذا كانوا سكانا فى المحلة (وجه) قولهما ان اسم الجار كما يقع على الملاصق يقع على المقابل وغيره ممن يجمعهما مسجد واحد فان كل واحد منهما يسمى جارا وقال عليه الصلاة والسلام لا صلاة لجار المسجد الا فى المسجد (وروى) ان سيدنا عليا رضى الله عنه فسر ذلك فقال هم الذين يجمعهم مسجد واحد ولان مقصود الموصى من الوصية للجار هو البر به والاحسان اليه وانه لا يختص بالملاصق ولابى حنيفة رحمه الله ان الجوار المطلق ينصرف الى الحقيقة وهى الاتصال بين الملكين بلا حائل بينهما هو حقيقة المجاورة فاما مع الحائل فلا يكون مجاورا حقيقة ولهذا وجبت الشفعة للملاصق لا للمقابل لانه ليس بجار حقيقة (ومطلق) الاسم محمول على الحقيقة ولان الجيران الملاصقين هم الذين يكون لبعضهم على بعض حقوق يلزم الوفاء بها حال حياتهم فالظاهر انه أراد بهذه الوصية قضاء حق كان عليه واذا كان كذلك فتنصرف الوصية الى الجيران الملاصقين الا انه لا بد من السكنى فى الملك الملاصق لملك الموصى فاذا وجد ذلك صار كانه جار له فيستحق الوصية والمذكور فى الحديث جار المسجد وجار المسجد فسره على رضى الله تعالى عنه فاذا أوصى لموالى فلان وهو أبو فخذ أو قبيلة أو لبنى فلان فانه يصير كانه قال لموالى قبيلة فلان ولبنى قبيلة فلان ويريد به المنتسبين اليهم بالنسب والمنتمين اليهم بالولاء هذا هو المتعارف بين أهل اللسان ومطلق الكلام ينصرف اليه ويصير كالمنطوق بما هو المتعارف عندهم ولو قال نص هذا اثبت المال للمنتسبين الى هذه القبيلة والمنتمين اليهم بالولاء كان الجواب ما قلنا كذا ههنا بخلاف ما اذا لم يكن فلان أبا فخذ او قبيلة

فان هنالك لا عرف فعمل بحقيقة اللفظ ولا يصار الى المجاز الا بالدليل الظاهر ولا يدخل فيه مولى الموالاة لان مولى العتاقة يتقدم عليه والله سبحانه وتعالى أعلم ثم لا خلاف فى انه اذا قال ثلث مالى لموالى فلان انه يدخل فى الوصية جميع من نجز اعتاقه فى صحته وفى مرضه وسواء كان أعتقه قبل الوصية أو بعدها لان نفاذ الوصية متعلق بالموت وكل من أعتقه فى المرض أو فى الصحة بعد ان نجز اعتاقه صار مولى بعد الموت فيستحق الوصية فاما المدبرون وأمهات الاولاد فهل يدخلون تحت هذه الوصية (روى) عن أبى يوسف انهم يدخلون وروى عنه رواية أخرى انهم لا يدخلون وهو قول محمد ذكره فى الجامع وجه الرواية الاولى ان تعلق نفوذ الوصية اوان الموت وهم مواليه فى ذلك الوقت فانهم يستحقون الوصية (وجه) ظاهر الرواية ان أوان نفوذ الوصية وهو وقت الموت اوان عتقهم فيعتقون فى تلك الحالة ثم يصيرون مواليه بعده والوصية تناولت من كان مولى عند موته وهم فى تلك الحالة ليسوا بمواليه فلا يدخلون فى الوصية (ولو كان) قال ذلك بعد ان قال ان لم اضربك فانت حر فمات قبل ان يضربه عتق ودخل فى الوصية لانه عتق فى آخر جزء من اجزاء حياته لتحقق عدم الضرب منه فى تلك الحالة ووقوع اليأس عن حصوله من قبله فيصير مولى له ثم يعتقه الموت ثم تنفذ الوصية فكان مولى وقت نفوذ الوصية ووجوبها بخلاف المسألة الاولى والله تعالى أعلم بالصواب

﴿وأما﴾ الذى يرجع الى الموصى به فانواع منها ان يكون مالا او متعلقا بالمال لان الوصية ايجاب الملك او ايجاب مايتعلق بالملك من البيع والهبة والصدقة والاعتاق ومحل الملك هو المال فلا تصح الوصية بالميتة والدم من أحد ولا حد لانهما ليسا بمال فى حق أحد ولا بجلد الميتة قبل الدباغ وكل ماليس بمال وقد ذكرنا ذلك فى كتاب البيوع (ومنها) ان يكون المال متقوما فلا تصح الوصية بمال غير متقوم كالخمر فانها وان كانت مالا حتى تورث لكنها غير متقومة فى حق المسلم حتى لا تكون مضمونة بالاتلاف فلا تجوز الوصية من المسلم وله بالخمر ويجوز ذلك من الذمى لانها مال متقوم فى حقهم كالخل وتجوز بالكلب المعلم لانه متقوم عندنا ألا ترى انه مضمون بالاتلاف ويجوز بيعه وهبته سواء كان المال عينا أو منفعة عند عامة العلماء حتى تجوز الوصية بالمنافع من خدمة العبد وسكنى الدار وظهر الفرس وقال ابن أبى ليلى رحمه الله لا تجوز الوصية بالمنافع (وجه) قوله ان الوصية بالمنافع وصية بمال الوارث لان نفاذ الوصية عند الموت وعند الموت تحصل المنافع على ملك الورثة لان الرقبة ملكهم وملك المنافع تابع لملك الرقبة فكانت المنافع ملكهم لان الرقبة ملكهم فكانت الوصية بالمنافع وصية من مال الوارث فلا تصح ولان الوصية بالمنافع فى معنى الاعارة اذ الاعارة تمليك المنفعة بغير عوض والوصية بالمنفعة كذلك والعارية تبطل بموت المعير فالموت لما أثر فى بطلان العقد على المنفعة بعد صحته فلان يمنع من الصحة أولى لان المنع أسهل من الرفع (ولنا) انه لما ملك تمليك حال حياته بعقد الاجارة والاعارة فلان يملك بعقد الوصية أولى لانه أوسع العقود ألا ترى انها تحتمل مالا يحتمله سائر العقود من عدم المحل والخطر والجهالة ثم لما جاز تمليكها ببعض العقود فلان يجوز بهذا العقد أولى والله سبحانه وتعالى الموفق للصواب (وأما) قوله ان الوصية وقعت بمال الوارث فممنوع وقوله ملك الرقبة عند موت الموصى مسلم لكن ملك المنفعة يتبع ملك الرقبة اذا أفرد المنفعة بالتمليك واذا لم يفرد الاول ممنوع والثانى مسلم وهنا أفرد بالتمليك فلا يتبع ملك الرقبة وهذا لان الموصى اذا أفرد ملك المنفعة بالوصية فقد جعله مقصودا بالتمليك وله هذه الولاية فلا يبقى تبعا لملك الذات بل يصير مقصودا بنفسه بخلاف الاعارة لان المعير وان جعل ملك المنفعة مقصودا بالتمليك لكن فى الحال لا بعد الموت لانه انما يعار الشئ للانتفاع فى حال الحياة عادة لا بعد الموت فينتهى العقد بالموت وأما الوصية فتمليك بعد الموت فكان قصده تمليكه المنفعة بعد الموت فكانت المنافع مقصودة بالتمليك بعد الموت فهو الفرق ونظيره من وكل وكيلا فى حال حياته فمات الموكل ينعزل الوكيل ولو أضاف الوكالة الى ما بعد موته جاز حتى يكون وصيا بعد موته وسواء كانت الوصية بالمنافع مؤقتة بوقت من سنة أو شهر أو كانت مطلقة عن التوقيت لان الوصية بالمنافع فى معنى الاعارة لانها تمليك المنفعة بغير عوض ثم الاعارة تصح مؤقتة ومطلقة عن الوقت وكذا الوصية غير انها اذا كانت

مطلقة

مطلقة فللموصى له ان ينتفع بالعين ما عاش واذا كانت مؤقتة بوقت فله ان ينتفع به الى ذلك الوقت واذا جازت الوصية بالمنافع يعتبر فيها خروج العين التى أوصى بمنفعتها من الثلث ولا يضم اليها قيمة وان كان الموصى به هو المنفعة والعين ملك لم يزل عنه لان الموصى بوصيته بالمنافع منع العين عن الوارث وحبسها عنه لفوات المقصود من العين وهو الانتفاع بها فصارت ممنوعة عن الوارث محبوسة عنه والموصى لا يملك منع ما زاد عن الثلث على الوارث فاعتبر خروج العين من ثلث المال (ولهذا) لو أجل المريض مرض الموت دينا معجلا له لا يصح الا فى الثلث وان كان التأجيل لا يتضمن ابطال ملك الدين لكن لما كان فيه منع الوارث عن الدين قبل حلول الاجل لم يصح الا فى قدر الثلث كذا ههنا واذا كان المعتبر خروج العين من الثلث فان خرجت من الثلث جازت الوصية فى جميع المنافع فللموصى له ان ينتفع بها فيستخدم العبد ويسكن الدار ما عاش ان كانت الوصية مطلقة عن الوقت فاذا مات الموصى له بالمنفعة انتقلت الى ملك صاحب العين لان الوصية بالمنفعة قد بطلت بموت الموصى له لانها تمليك المنفعة بغير عوض كالاعارة فتبطل بموت المالك اياه كما تبطل الاعارة بموت المستعير على ان المنافع بانفرادها لا تحتمل الارث وان كان تملكها بعوض على أصل أصحابنا رضى الله عنهم كاجارة فلان لا يحتمل فيما هو تمليك بغير عوض أولى بخلاف ما اذا أوصى بغلة داره أو ثمرة نخله فمات الموصى له وفى النخل ثمر وكان وجب مما استغل الدار آخر ان ذلك يكون لورثة الموصى له لان ذلك عين ملكها الموصى له وتركه بالموت فيصير ميراثا لورثته وفى المنفعة لا حتى ان ما يحصل بعد موته لا يكون لورثته بل لورثة الموصى لانه لم يملكه الموصى له فلا يورث وان كانت العين لا تخرج من ثلث ماله جازت الوصية فى المنافع فى قدر ما تخرج العين من ثلث ماله بان لم يكن له مال آخر سوى العين من العبد والدار تقسم المنفعة بين الموصى له وبين الورثة أثلاثا ثلثها للموصى له وثلثاها للورثة فيستخدم الموصى له العبد يوما والورثة يومين وفى الدار يسكن الموصى له ثلثها والورثة ثلثيها ما دام الموصى له حيا فاذا مات ترد المنفعة الى الورثة وحكى أبو يوسف عن ابن أبى ليلى رحمهما الله انه اذا أوصى بسكنى داره لرجل وليس له مال غيرها ولم تجز الورثة ان الوصية باطلة لان الوصية لم تصح فى الثلثين والشيوع شائع فى الثلثين والشيوع يؤثر فى المنافع كما فى الاجارة (وهذا) لا يتفرع على أصل ابن أبى ليلى لان الوصية بالمنافع باطلة على أصله فتبقى السكنى كلها على ملك الورثة فلا يتحقق الشيوع ولو أراد الورثة بيع الثلثين أو القسمة ليس لهم ذلك (عند) أبى حنيفة وعند أبى يوسف لهم ذلك (وجه) قول أبى يوسف ان الملك مطلق للتصرف فى الاصل وانما الامتناع لتعلق حق الغير به وحق الغير ههنا تعلق بالثلث لا بالثلثين لان الوصية تعلقت بالثلث لا غير فخلا ثلثا الدار عن تعلق حق الغير بها فكان لهم ولاية البيع والقسمة وكذا الحاجة دعت الى القسمة لتكميل المنفعة ولابى حنيفة رضى الله عنه أن حق الموصى له بالمنفعة متعلق بمنافع كل الدار على الشيوع وذلك يمنع جواز البيع كما فى الاجارة فان رقبة المستأجر ملك المؤجر لكن لما تعلق بها حق المستأجر منع جواز البيع ونفاذه بدون اجازة المستأجر كذا ههنا وكذا فى القسمة ابطال حق الموصى له هذا اذا كانت الوصية بالمنافع مطلقة عن الوقت فان كانت مؤقتة فان كانت العين تخرج من ثلث ماله فان الموصى له ينتفع بها الى الوقت المذكور فان كان المذكور سنة غير معينة فينتفع بها الموصى له سنة كاملة ثم يعود بعد ذلك الى الورثة وان كانت لا تخرج من ثلث ماله فبقدر ما يخرج وان لم يكن له مال آخر كانت المنفعة بين الموصى له وبين الورثة اثلاثا يخدم العبد يوما للموصى له ويومين للورثة فيستوفى الموصى له خدمة السنة فى ثلاث سنين وان كانت العين الموصى بمنفعتها دارا يسكن الموصى له ثلثها والورثة ثلثيها يتهايئان مكانا لان التهايؤ بالمكان فى الدار ممكن وفى العبد لا يمكن لاستحالة خدمة العبد بثلثه لاحدهما وبثلثيه للآخر فمست الضرورة الى المهايئات زمانا وان كان المذكور من الوقت سنة بعينها بان قال سنة كذا أو شهر كذا فان كان الموصى به خدمة العبد فان كان العبد يخرج من الثلث ينتفع بها تلك السنة أو الشهر وان لم يكن له مال آخر ففى العبد ينتفع به الورثة يومين

والموصى له يوما وفي الدار يسكن الموصى له ثلثها والورثة ثلثيها على طريق المهايأة فاذا مضت تلك السنة أوذلك الشهر على هذا الحساب يحصل للموصى له منفعة السنة أوالشهر ولو أراد أن يكمل ذلك من سنة أخرى أومن شهر آخر ليس له ذلك لان الوصية أضيفت الى تلك السنة أوذلك الشهر لا الى غيرهما ولوعين الشهر الذى هوفيه أوالسنة التى هوفيها بان قال هذا الشهر أوهذه السنة ينظر ان مات بعد مضى ذلك الشهر أوتلك السنة بطلت وصيته لان الوصية نفاذها عند موته وقد مضى ذلك الشهر أوتلك السنة قبل موته فبطلت الوصية وان مات قبل أن يمضى ذلك الشهر أوالسنة فان كانت العين تخرج من الثلث ينتفع بها فيما بقى من الشهر أوالسنة وان كانت لاتخرج وليس له مال آخر ففى العبد ينتفع بها الموصى له يوما والورثة يومين الى أن يمضى ذلك الشهر أوالسنة وفى الدار يسكنها اثلاثا على طريق المهايأة على ما بينا ولو أوصى بخدمة عبده لانسان و برقبته لآخر أو بسكنى داره لانسان و برقبتها لآخر والرقبة تخرج من الثلث فالرقبة لصاحب الرقبة والخدمة كلها لصاحب الخدمة لان المنفعة لما احتملت الافراد من الرقبة بالوصية حتى لا تملك الورثة الرقبة والموصى له المنفعة فيستوى فيها الافراد باستيفاء الرقبة لنفسه وتمليكها من غيره فيكون أحدهما موصى له بالرقبة والآخر بالمنفعة فاذا مات الموصى ملك صاحب الرقبة الرقبة وصاحب المنفعة المنفعة وكذلك اذا أوصى برقبة شجرة أو بستان لانسان و بثمرته لآخر أو برقبة أرض لرجل و بغلتها لآخر أو بأمة لرجل و بما فى بطنها لآخر لان الثمر والغلة والحمل كل واحد منها يحتمل الافراد بالوصية فلا فرق بين أن يستبق الاصل لنفسه و بين أن يملكه من غيره على ما ذكرنا فى الوصية بالمنفعة وسواء كان الموصى به موجودا وقت كلام الوصية أولم يكن موجوداً عنده فالوصية جائزة الا اذا كان فى كلام الموصى ما يقتضى الوجود للحال فتصح الوصية بثلث ماله ولا مال له عند كلام الوصية وكذا تصح الوصية بغلة بستانه أو بغلة أرضه أو بغلة أشجاره أو بغلة عبده أو بسكنى داره أو بخدمة عبده وتصح الوصية بما فى بطن جاريته أودابته و بالصوف على ظهر غنمه و باللبن فى ضرعها وثمرة بستانه وثمرة أشجاره وان لم يكن شئ من ذلك موجود الحال (وأما) وجوده عند موت الموصى فهل هو شرط بقاء الوصية على الصحة (فاما) فى الثلث والعين المشار اليها فشرط حتى لو أوصى بثلث ماله وله مال عند كلام الوصية ثم هلك ثم مات الموصى بطلت الوصية وكذلك الوصية بما فى البطن والضرع و بما على الظهر من الصوف واللبن والولد حتى لو مات الموصى بطلت الوصية اذا لم يكن ذلك موجوداً وقت موته وأما فى الوصية بالثمرة فليس بشرط استحسانا والقياس أن يكون شرطاً ولا يشترط ذلك فى الوصية بغلة الدار والعبد والحاصل ان جنس هذه الوصايا على أقسام بعضها يقع على الموجود وقت موت الموصى والذى يوجد بعد موته سواء ذكر الموصى فى وصيته الابد أولم يذكر وهو الوصية بالغلة وسكنى الدار وخدمة العبد و بعضها يقع على الموجود قبل الموت ولا يقع على ما يحدث بعد موته سواء ذكر الابد أولم يذكر وهو الوصية بما فى البطن والضرع و بما على الظهر فان كان فى بطنها ولد وفى ضرعها لبن وعلى ظهرها صوف وقت موت الموصى فالوصية جائزة والافلا وفى بعضها ان ذكر لفظ الابد يقع على الموجود والحادث وان لم يذكر فان كان موجودا وقت موت الموصى يقع على الموجود ولا يقع على الحادث وان لم يكن موجودا فالقياس ان تبطل الوصية كما فى الصوف والولد واللبن وفى الاستحسان لا تبطل وتقع على ما يحدث كما لو ذكر الابد وهذه الوصية بثمرة البستان والشجر انما كان كذلك لان الوصية انما تجوز فيما يجرى فيه الارث أوفيما يدخل تحت عقد من العقود فى حالة الحياة والحادث من الولد وأخواته لا يجرى فيه الارث ولا يدخل تحت عقد من العقود فلا يدخل تحت الوصية بخلاف الغلة فان له نظيرا فى العقود وهو عقد المعاملة والاجارة وكذلك سكنى الدار وخدمة العبد يدخلان تحت عقد الاجارة والاعارة فكان لهما نظير فى العقود وأما الوصية بثمرة البستان والشجر فلا شك أنها تقع عن الموجود وقت موت الموصى والحادث بعد موته ان ذكر الابد لان اسم الثمرة يقع على الموجود والحادث والحادث منها يحتمل الدخول تحت بعض العقود وهو عقد المعاملة والوقف فاذا ذكر الابد يتناوله وان لم يذكر الابد فان كان وقت موت

الموصى ثمرة موجودة دخلت تحت الوصية ولا يدخل ما يحدث بعد الموت وان لم يكن فالقياس ان لا يتناول ما
يحدث وتبطل الوصية وفى الاستحسان يتناوله ولا تبطل الوصية (وجه) القياس ان الثمرة بمنزلة الولد والصوف
واللبن والوصية بشئ من ذلك لا يتناول الحادث كذا الثمرة (وجه) الاستحسان ان الاسم يحتمل الحادث
وفى حمل الوصية عليه تصحيح العقد ويمكن تصحيحه لان له نظيرا من العقود وهو الوقف والمعاملة ولهذا لو نص على
على الابد يتناوله بخلاف الولد والصوف واللبن لانه عقد ما لا يحتمله فلم يكن ممكن التصحيح ولهذا لو نص على الابد
لا يتناول الحادث وههنا بخلافه ولو أوصى لرجل ببستانه يوم يموت وليس له يوم أوصى بستان ثم اشترى بستانا
ثم مات فالوصية جائزة لان الوصية بالمال ايجاب الملك عند الموت فيراعى وجود الموصى به وقت الموت ألا ترى
انه لو اوصى له بعين البستان وليس فى ملكه البستان يوم الوصية ثم ملكه ثم مات تحت الوصية ولو قال أوصيت
لفلان بغلة بستانى ولا بستان له فاشترى بعد ذلك ومات ذكر الكرخى عليه الرحمه ان الوصية جائزة وذكر فى
الاصل انها غير جائزة (وجه) رواية الاصل ان قوله بستانى يقتضى وجود البستان للحال فاذا لم يوجد لم يصح
(والصحيح) ما ذكره الكرخى لان الوصية ايجاب الملك بعد الموت فيستدعى وجود الموصى به عند الموت لا
وقت كلام الوصية ولو أوصى لرجل بثلث غنمه فهلكت الغنم قبل موته أو لم يكن له غنم من الاصل فمات ولا غنم
له فالوصية باطلة وكذلك العروض كلها لان الوصية تمليك عند الموت ولا غنم له عند الموت فان لم يكن له غنم
وقت كلام الوصية ثم استفاد بعد ذلك ذكر فى الاصل ان الوصية باطلة لان قوله غنمى يقتضى غنما موجودة وقت
الوصية كما قلنا فى البستان وعلى رواية الكرخى رحمه الله ينبغى ان يجوز لما ذكرنا فى البستان وكذلك لو قال
أوصيت له بشاة من غنمى أو بقفيز من حنطتى ثم مات وليس له غنم ولا حنطة فالوصية باطلة لما قلنا ولو لم يكن له غنم
ولا حنطة ثم استفاد بعد ذلك ثم مات فهو على الروايتين اللتين ذكرناهما وبمثله لو قال شاة من مالى أو قفيز حنطة من
مالى وليس له غنم ولا حنطة فالوصية جائزة ويعطى قيمة الشاة لانه لما أضاف الى المال وعين الشاة لا توجد فى المال
علم انه اراد به قدر مالية الشاة وهى قيمتها ولو أوصى بشاة ولم يقل من غنمى ولا من مالى فمات وليس له غنم لم يذكر
هذا الفصل فى الكتاب واختلف المشايخ فيه قال بعضهم لا تصح الوصية لان الشاة اسم للصورة والمعنى جميعا
الا انا حملنا هذا الاسم على المعنى فى الفصل الاول بقرينة الاضافة الى المال ولم توجد ههنا وقال بعضهم يصح لان
الشاة اذا لم تكن موجودة فى ماله فالظاهر انه أراد به مالية الشاة تصحيحا لتصرفه فيعطى قيمة شاة وقد ذكر فى
السير الكبير مسئلة تؤيد هذا القول وهى ان الامام اذا نفل سرية فقال من قتل قتيلا فله جارية من السبايا فان كان فى
السبي جارية يعطى من قتل قتيلا وان لم يكن فى السبي جارية لا يعطى شيأ ولو قال من قتل قتيلا فله جارية ولم يقل من
السبي فانه يعطى من قتل قتيلا قدر مالية الجارية كذا ههنا ولا تجوز الوصية بسكنى داره أو خدمة عبده أو ظهر فرسه
للمساكين فى قول أبى حنيفة عليه الرحمة ولا بد من ان يكون ذلك لانسان معلوم وعندهما رحمهما الله تجوز الوصية
بذلك كله للمساكين كذا ذكر الكرخى فى مختصره وذكر فى الاصل والوصية بسكنى الدار وخدمة العبد انها
لا تجوز ولم يذكر فيها الخلاف وانما ذكره فى الوصية بظهر الفرس (وجه) قولهما ان الوصية للمساكين وصية
بطريق الصدقة والصدقة اخراج المال الى الله سبحانه وتعالى والله عز وجل واحد معلوم ولهذا جازت الوصية
بسائر الاعيان للمساكين فكذا بالمنافع ولابى حنيفة رضى الله عنه ان الموصى له بالخدمة والركوب والسكنى تلزمه
النفقة على العبد والفرس والدار لانه لا يمكنه الانتفاع الا بعد بقاء الدين ولا يبقى عادة بدون النفقة فبعد ذلك لا يخلو اما
ان تلزمه النفقة أو لا فان لم تلزمه النفقة لا يمكن تنفيذ هذه الوصية لانه لا يمكن ايجابها على الورثة لان المؤنة لا تجب الا على
من له المنفعة والمنفعة للموصى له لا للورثة ولا يمكن الاستغلال بان يستغل فينفق عليه من الغلة لان الوصية لم تقع بالغلة
ولان الاستغلال يقع تبديلا للوصية وانه لا يجوز فتعذر تنفيذ هذه الوصية وان لزمه النفقة فكان هذا معاوضة معنى

لا وصية ولا صدقة والجهالة تمنع صحة المعاوضة وهذا المعنى لا يوجد فى الاعيان وفى الوصية لرجل بعينه وقيل ان الوصية بظهر فرسه للمساكين أو فى سبيل الله تبارك وتعالى فريعة مسئلة الوقف أن عند أبى حنيفة رضى الله عنه لو جعل فرسه للمساكين وقفا فى حال الحياة لا يجوز ولا تجوز الوصية به بعد الوفاة وعندهما الوجعله وقفا فى حال حياته جاز فكذا اذا أوصى بعد وفاته وسواء كان الموصى به معلوما أو مجهولا فالوصية جائزة لان هذه جهالة تتمكن ازالتها من جهة الموصى مادام حيا ومن جهة ورثته بعد موته فاشبهت جهالة المقر به فى حال الاقرار وانها لا تمنع صحة الاقرار بخلاف جهالة المقر له تمنع صحة الاقرار كذا جهالة الموصى له تمنع صحة الوصية أيضا وعلى هذا مسائل بعضها يرجع الى بيان قدر ما يستحقه الموصى له من الوصايا التى فيها ضرب ابهام و بعضها يرجع الى بيان استخراج القدر المستحق من الوصية المجهول بالحساب وهى المسائل الحسابية و بيان هذه الجملة فى مسائل منها ما اذا أوصى لرجل بجزء من ماله أو بنصيب من ماله أو بطائفة من ماله أو ببعض أو بشقص من ماله فان بين فى حياته شيأ والا أعطاه الورثة بعد موته ماشاؤا لان هذه الالفاظ تحتمل القليل والكثير فيصح البيان فيه مادام حيا ومن ورثته اذا مات لانهم قائمون مقامه لو أوصى بالف الا شيأ أو الا قليلا أو الا يسيرا أو زهاء ألف أو جل هذه الالف أو عظم هذا الالف وذلك يخرج من الثلث فله النصف من ذلك وزيادة وما زاد على النصف فهو الى الورثة يعطون منه ماشاؤا لان القليل والكثير واليسير من أسماء المقابلة فلا يكون قليلا الا وبمقابلته أكثر منه فيقتضى وجود الاكثر وهو النصف وزيادة عليه وتلك الزيادة مجهولة فيعطيه الورثة من الزيادة ماشاؤا والشئ فى مثل هذا الموضع يراد به اليسير وقوله جل هذه الالف وعامة هذه الالف وعظم هذه الالف عبارات عن أكثر الالف وهو الزيادة على النصف و زهاء ألف عبارة عن القريب من الالف وأكثر الالف قريب من الالف ولو أوصى له بسهم من ماله فله مثل أخس الانصباء يزاد على الفريضة مالم يزد على السدس عند أبى حنيفة رضى الله عنه وعندهما رحمهما الله مالم يزد على الثلث كذا ذكر فى الاصل وذكر فى الجامع الصغير له مثل نصيب أحد الورثة ولا يزاد على السدس عند أبى حنيفة وعندهما لا يزاد على الثلث فعلى رواية الاصل يجوز النقصان عن السدس عنده وعلى رواية الجامع الصغير لا يجوز و بيان هذه الجملة اذا مات الموصى وترك زوجة وابنا فللموصى له على رواية الاصل أخس سهام الورثة وهو الثمن و يزاد على ثمانية أسهم سهم آخر فيصير تسعة فيعطى تسع المال وعلى رواية الجامع الصغير يعطى السدس لانه أخس سهام الورثة ولو ترك زوجة وأخا لاب وأم أو لاب فللموصى له السدس عنده لان أخس سهام الورثة الربع ههنا وهو لا يجوز الزيادة على السدس وعندهما له الربع لانه أقل سهام الورثة وانه أقل من الثلث فزاد على أربعة مثل ربعها وذلك سهم وهو خمس المال وكذلك لو ماتت امرأة وتركت زوجا وابنا ولو ترك ابنين فله السدس عنده وعندهما له ثلث جميع المال وكذلك ان ترك ثلاث بنين فان ترك خمسة بنين فله سدس جميع المال عنده وعندهما يجعل المال على ثلاثة أسهم ثم يزاد عليه سهم فيعطى أربعة اذا وان أقر بسهم من داره لانسان فله السدس عنده وعندهما البيان الى المقر وكذلك اذا أعتق سهما من عبده يعتق سدسه عنده لا غير وعندهما يعتق كله لان العتق يتجزأ عنده وعندهما لا يتجزأ (وجه) قولهما ان السهم اسم لنصيب مطلق ليس له حد مقدر بل يقع على القليل والكثير كاسم الجزء الا انه لا يسمى سهما الا بعد القسمة فيقدر بواحد من أنصباء الورثة والاقل متيقن فيقدر به الا اذا كان يزيد ذلك على الثلث فيزاد الى الثلث لان الوصية لا جواز لها باكثر من الثلث من غير اجازة الورثة ولابى حنيفة رضى الله عنه (ماروى) عن ابن مسعود رضى الله عنه انه سئل عن رجل أوصى بسهم من ماله فقال له السدس (والظاهر) ان الصحابة رضى الله عنهم بلغتهم فتواه ولم ينقل انه أنكر عليه أحد فيكون اجماعا و روى عن اياس بن معاوية رضى الله عنه انه قال السهم فى كلام العرب السدس الا انه يستعمل أيضا فى أحد سهام الورثة والاقل متيقن به فيصرف اليه فان كان أقل منه لا يبلغ به السدس لانه يحتمل انه أراد به السدس و يحتمل انه أراد به مطلق سهم من سهام الورثة فلا يزاد على أقل سهامهم بالشك

والاحتمال

والاحتمال ولو أوصى له بمائة دينار الا درهم أو بكر حنطة الا درهم أو الا مختوم شعير جاز وهو كما قال وكذلك لو قال داري هذه أو عبدي هذا الا مائة درهم جاز عن الثلث وبطل عنه قيمة مائة درهم وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله الاستثناء باطل ولقب المسئلة ان استثناء المقدر من المقدر في الجنس وخلاف الجنس بعد ان كان الاستثناء مقدرا بعد ان كان من المكيلات أو الموزونات أو العدديات المتقاربة صحيح عندهما وعنده لا يصح الا في الجنس وهي من مسائل كتاب الاقرار ولو قال أوصيت لفلان ما بين العشرة والعشرين أو ما بين العشرة الى العشرين أو من العشرة الى عشرين فهو سواء وله تسعة عشر درهما وكذلك لو قال ما بين المائة والمائتين أو ما بين المائة الى المائتين أو من المائة الى المائتين فله مائة وتسعة وتسعون درهما وهذا قول أبي حنيفة وعندهما له في الاول عشرون وفي الثاني مائتان وعند زفر له ثمانية عشر في الاول ومائة وثمانية وتسعون في الثاني وأصل المسألة ان الغايتين يدخلان عندهما وعند زفر رحمه الله لا يدخلان وعند أبي حنيفة عليه الرحمة تدخل الاولى دون الثانية والمسألة مرت في كتاب الطلاق ولو أوصى لفلان بعشرة دراهم في عشرة ونوى الضرب والحساب فله عشرة دراهم عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر له مائة درهم وقد ذكرنا المسألة في كتاب الطلاق وبمثله لو أوصى لفلان بعشرة أذرع في عشرة أذرع من داره فله مائة ذراع مكسرة (ووجه) الفرق بين المسألتين على أصل أصحابنا الثلاثة ان الضرب يراد به تكسير الاجزاء فيما يحتمل المساحة في الطول والعرض وذلك يوجد في الدار والدراهم موزونة وليس لها طول ولا عرض فلا يراد بالضرب فيها تكسير أجزائها ومعنى قوله المكسرة أي المكسرة في المساحة وهو ان يكون طولها عشرة أذرع وعرضها عشرة ولو أوصى له بثوب سبعة في أربعة فله كما قال وهو ثوب طوله سبعة أذرع وعرضه أربعة أذرع لان مفهوم هذا اللفظ في الثوب هذا فينصرف اللفظ اليه ولو قال عبدي هذا أو هذا لفلان وصية وهما يخرجان من الثلث كان للورثة ان يعطوه أيهما شاؤا لما ذكرنا ان الوارث يقوم مقام المورث في جهالة يمكن ازالتها ولو كان المورث حيا كان البيان اليه فاذا مات قام الوارث مقامه والفقه في ذلك ان الوصية تمليك بعد الموت والورثة تقوم مقامه في التمليك بخلاف ما اذا قال عبدي هذا أو هذا حر ان البيان اليه لا الى الورثة وينقسم العتق عليهما لان ذلك ليس تمليك بل هو اتلاف الملك وقد انقسم ذلك عليهما اذ ليس أحدهما باولى من الآخر فلا يحتمل البيان من جهة الوارث ولو أوصى له بحنطة في جوالق فله الحنطة دون الجوالق لان الموصى به الحنطة دون الجوالق والجوالق ليس من توابع الحنطة ألا يرى لو باع الحنطة في الجوالق لا يدخل فيه الجوالق وبيع الحنطة مع الجوالق ليس بمعتاد فلا يدخل في الوصية ولو أوصى له بهذا الجراب الهروي فله الجراب وما فيه لان الجراب يعد تابعا لما فيه عادة حتى يدخل في البيع فكذا في الوصية وكذا لو أوصى له بهذا الدن من الخل فله الدن والخل وكذا لو أوصى بقوصرة تمر فله القوصرة وما فيها لان الدن يعد تابعا للخل والقوصرة للتمر ولهذا يدخل ذلك في عقد البيع كذا في الوصية ولو أوصى له بالسيف فله السيف بجفنه وحمائله (وقال) أبو يوسف له النصل دون الجفن والحمائل فاصل أبي يوسف في هذا الباب انه يعتبر الاتصال والانفصال فما كان متصلا به يدخل وما كان منفصلا عنه لا يدخل والجفن والحمائل منفصلان عن السيف فلا يدخلان تحت الوصية به ولهذا لو أوصى بدار لا يدخل ما فيها من المتاع كذا هذا والمعتبر على ظاهر الرواية التبعية والاصالة في العرف والعادة والجفن والحمائل يعدان تابعان للسيف عرفا وعادة ألا ترى انهما يدخلان في البيع كذا في الوصية ولو أوصى له بسرج فله السرج وتوابعه من اللبد والرفادة والطفر والركابات واللبب في ظاهر الرواية لانه لا ينتفع بالسرج الا بهذه الاشياء فكانت من توابعه فتدخل في الوصية به وقال أبو يوسف له الدفتان والركابان واللبب ولا يكون له اللبد ولا الرفادة ولا الطفر لانها منفصلة عن السرج ولو أوصى له بمصحف وله غلاف فله المصحف دون الغلاف في قول أبي يوسف وهو قول أبي حنيفة رضي الله عنهما كذا ذكر القدوري عليه الرحمة وقال زفر رحمه الله له المصحف والغلاف أما على أصل أبي يوسف فلان الغلاف منفصل

عن المصحف فلا يدخل فى الوصية من غير تسمية وأبو حنيفة رحمه الله يقول ليس بتابع للمصحف بدليل انه لا يكره للجنب والمحدث مس المصحف بغلافه فلا يدخل و زفر يقول هو تابع للمصحف فيدخل فى الوصية ولو أوصى بميزان قال أبو يوسف له الكفتان والعمود الذى فيه الكفتان واللسان وليس له الطرازدان والصنجات (وأما) الشاهين فله الكفتان والعمود وليس له الصنجات والتخت (وقال) زفر اذا أوصى بميزان فله الطرازدان والصنجات والكفتان وان أوصى له بشاهين فله التخت والصنجات (١) قابو يوسف مر على أصله ان الصنجة والطرازدان شيئان منفصلان فلا يدخلان فى الوصية الا بالتسمية وزفر يجعل ذلك من توابع الميزان لما أن الانتفاع لا يكون الا بالجميع فصار كتوابع السرج ولو أوصى له بالقبان والقرسطون فله العمود والحديد والرمانة والكفة التى يوضع فيها المتاع فى قولهم جميعاً لان اسم القبان يشمل هذه الجملة فيستوى فيها الاتصال والانفصال ولو أوصى له بقبة فله عيدان القبة دون كسوتها لان القبة اسم للخشب لا للثياب وانما الثياب اسم للزينة ألا ترى انه يقال كسوة القبة والشئ لا يضاف الى نفسه هو الاصل وكذا الكسوة منفصلة منها على أصل من يعتبر الاتصال ولو أوصى بقبة تركية وهى ما يقال لها بالعجمية خركاه فله القبة مع الكسوة وهى اللبود لانه لا يقال لها قبة تركية الا بلبودها بخلاف القبة البلدية و يعتبر فى ذلك العرف والعادة و يختلف الجواب باختلاف العرف والعادة ولو أوصى له بحجلة فله الكسوة دون العيدان لانها اسم للكسوة فى العرف ولو أوصى بسلة زعفران فله الزعفران دون السلة هكذا ذكر فى الاصل وذكر القدورى رحمه الله ان محمداً انما أجاب فيه على عادة زمانه لان فى ذلك الوقت كان لا تباع السلة مع الزعفران بل كانت تفرد عنه فى البيع وأما الآن فالعادة ان الزعفران يباع بظروفه فيدخل فى الوصية والتعويل فى الباب على العرف والعادة ولو أوصى له بهذا العسل وهو فى زق فله العسل دون الزق وكذلك السمن والزيت وما أشبه ذلك لانه أوصى له بالعسل لا بالزق والعسل يباع بدون ظرفه عادة فلا يتبعه فى الوصية والله سبحانه وتعالى أعلم ولو أوصى بنصيب ابنه او ابنته لانسان فان كان له ابن أو ابنة لم يصح لان نصيب ابنه أو ابنته ثابت بنص قاطع فلا يحتمل التحويل الى غيره بالوصية وان لم يكن له ابن أو ابنة صحت الوصية لانها لم تتضمن تحويل نصيب ثابت فكان وصية بمثل نصيب ابنه أو ابنته وليس له ابن أو ابنة وانها صحيحة لما نذكر وان أوصى بمثل نصيب ابنه أو ابنته وله ابن او ابنة جازت لان مثل الشئ غيره لا عينه فليس فى هذه الوصية تحويل نصيب ثابت الى الموصى له بل يبقى نصيبه و يزاد عليه بمثله فيعطى الموصى له ثم ان كان أكثر من الثلث تحتاج الزيادة الى الاجازة وان كان ثلثاً أو أقل منه لا تحتاج الى الاجازة حتى لو أوصى بمثل نصيب ابنه وله ابن واحد فللموصى له نصف المال وللابن النصف لانه جعل له مثل نصيبه فيقتضى ان يكون للابن نصيب وان يكون نصيب الموصى له مثل نصيبه وذلك هو النصف فكان المال بينهما نصفين كما لو كانا ابنين غير أن الزيادة على الثلث ههنا تقف على اجازة الابن ان أجاز جازت الزيادة والا فلا وان كان له ابنان فللموصى له ثلث المال لانه جعل للموصى له مثل نصيب ابن واحد منهما ولا يكون له مثل نصيب ابن واحد منهما الا وأن يكون المال بينهم أثلاثا ولا يحتاج ههنا الى الاجازة ولو أوصى بمثل نصيب بنته فان كان له بنت واحدة فللموصى له نصف المال ان أجازت لان نصيب البنت الواحدة النصف فكان مثل نصيبها النصف فكان له النصف ان أجازت والا فالثلث وان كان له بنتان فللموصى له ثلث المال لانه اذا كان لهما الثلثان كان لكل واحد منهما الثلث وقد جعل نصيبه مثل نصيب واحدة منهما ونصيب واحدة منهما الثلث فكان نصيبه أيضا الثلث ولو أوصى له بنصيب ابن لو كان فهو كما لو أوصى بمثل نصيب ابنه وله نصف المال ان اجازت الورثة ولو أوصى له بمثل نصيب ابن لو كان فللموصى له ثلث المال لانه أوصى بمثل نصيب مقدر لابن مقدر ونصيب الابن المقدر سهم فمثل نصيبه يكون سهما فكان هذا وصية له بسهم من ثلاثة أسهم والله سبحانه وتعالى أعلم ولو أوصى لرجل بمثل نصيب أحد بنيه وله ثلاثة بنين وأوصى لرجل آخر بثلث ما يبقى من الثلث بعد

النصب فالمسئلة تخرج من ثلاثة وثلاثين للموصى له بالنصيب ثمانية وللموصى له الآخر سهم ولكل واحد من
البنين ثمانية أما تخريجها بطريقة الحشو فهو ان تأخذ عدد البنين وذلك ثلاثة وزد عليه واحداً لاجل الوصية بمثل
نصيب أحد البنين لان مثل الشئ غيره فيزاد عليه فيصير أربعة ثم اضرب الاربعة فى ثلاثة لاجل تنفيذ الوصية
الاخرى وهى الوصية بثلث ما يبقى من الثلث بعد النصب فيصير اثنى عشر ثم تطرح منها سهما واحدا لان الوصية
الثانية توجب النقصان فى نصيب الورثة ونصيب الموصى له الاول شائعا فى كل المال فتنقص من كل ثلث سهما
ولانك لو لم تنقص لا يستقيم الحساب لو اعتبرته لوجدته كذلك فاذا نقصت سهما من اثنى عشر بقى احد عشر هو
ثلث المال وثلثاه مثلاه وهو اثنان وعشرون وجميع المال ثلاثة وثلاثون واذا أردت معرفة النصيب فخذ
النصيب الذى كان وذلك سهم واحد واضربه فى ثلاثة كما ضربت أصل المال وهو ثلاثة ثم اضرب ثلاثة فى ثلاثة كما
ضربت أصل المال لانك احتجت الى ضرب أصل المال فى ثلاثة مرة أخرى حتى بلغ جميع المال ثلاثة وثلاثين فاذا
ضربت ثلاثة فى ثلاثة صار تسعة ثم اطرح منها سهما كما طرحت من أصل المال فيبقى ثمانية فهو نصيب الموصى
له بمثل النصيب ثم اعط للموصى له نصيبه وهو ثلث ما يبقى من الثلث وذلك سهم يبقى الى تمام الثلث سهمان ضمهما
ثلثى المال وذلك اثنان وعشرون فتصير أربعة وعشرين لكل واحد من البنين الثلاثة ثمانية فاستقام الحساب بحمد
الله سبحانه وتعالى (وأما) تخريجها على طريق الخطأين فهو ان تجعل ثلث المال عددا لو أعطيت منه النصيب وهو
سهم يبقى وراءه عدد له ثلث لحاجتك الى تنفيذ الوصية الاخرى وهو الوصية بثلث ما يبقى من الثلث بعد النصيب
وأقله أربعة فاذا جعلت ثلث المال أربعة اعط للموصى له بالنصيب سهما من أربعة يبقى ثلاثة فاعط للموصى له
بثلث ما بقى ثلث ما بقى وذلك سهم يبقى سهمان ضمهما الى ثلثى المال وذلك ثمانية لان ثلث المال لما كان
أربعة كان ثلثاه مثليه وذلك ثمانية ومتى ضممت اثنين الى ثمانية صارت عشرة وحاجتك الى ثلاثة أسهم لاغير للبنين
الثلاثة لانك قد أعطيت الموصى له بالنصيب سهما فظهر انك قد أخطأت بزيادة سبعة فزد فى النصيب لانه ظهر ان
هذا الخطأ ما جاء الا من قبل نقصان النصيب فظهر أن النصيب يجب ان يكون أزيد من سهم فزد فى النصيب فاجعله
سهمين فيصير الثلث خمسة فاعط الموصى له بمثل النصيب سهمين ثم اعط للموصى له الآخر سهما مما بقى يبقى
سهمان ضمهما الى ثلثى المال وذلك عشرة فتصير اثنى عشر وحاجتك الى ستة فظهر انك أخطأت فى هذه الكرة بزيادة
ستة أسهم وكان الخطأ الاول بزيادة سبعة فانتقص بزيادة سهم فى النصيب سهم من سهام الخطأ فعلمت انك مهما
زدت فى النصيب سهما ينتقص من سهام الخطأ سهم وانك تحتاج الى أن يذهب ما بقى من سهام الخطأ والباقى من
سهام الخطأ ستة فالذى يذهب به ستة أسهم من الخطأ ستة اسهم من النصيب فزد فى النصيب ستة أسهم فتصير
ثمانية فهذا هو النصيب وبقى الى تمام الثلث ثلاثة اعط منها سهما للموصى له الآخر يبقى سهمان ضمهما الى
ثلثى المال وذلك اثنان وعشرون فتصير أربعة وعشرين لكل واحد من البنين ثمانية وطريقة الجامع الاصغر
أو الاكبر أو الصغير أو الكبير مبنية على هذه الطريقة أما طريقة الجامع الاصغر أو الصغير فهى انه اذا تبين لك انك
أخطأت مرتين وأردت معرفة الثلث فاضرب الثلث الاول فى الخطأ الثانى والثلث الثانى فى الخطأ الاول فما
اجتمع فاطرح الاقل من الاكثر فما بقى فهو الثلث وان أردت معرفة النصيب فاضرب النصيب الاول فى الخطأ
الثانى واضرب النصيب الثانى فى الخطأ الاول ثم اطرح الاقل من الاكثر فما بقى فهو النصيب واذا عرفت هذا
ففى هذه المسئلة الثلث الاول أربعة والخطأ الثانى ستة فاضرب أربعة فى ستة فتصير أربعة وعشرين والثلث
الثانى خمسة والخطأ الاول سبعة فاضرب خمسة فى سبعة فتكون خمسة وثلاثين ثم اطرح أربعة وعشرين من خمسة
وثلاثين فيبقى احد عشر فهو ثلث المال والنصيب الاول سهم والخطأ الثانى ستة فاضرب سهما فى ستة تكون ستة
والنصيب الثانى سهمان والخطأ الاول سبعة فاضرب سهمين فى سبعة فتكون أربعة عشر واطرح الاقل وهو ستة

من الاكثر وهو أربعة عشر فيبقى ثمانية فهو النصيب (وأما) طريقة الجامع الكبير أو الاكبر فهى انه اذا ظهر لك
الخطأ الاول فلا تزد فى النصيب ولكن ضعف ما وراء النصيب من الثلث ثم انظر فى الخطأين واعمل ما عملت فى
طريقة الجامع الاصغر اذا عرفت هذا ففى هذه المسئلة ظهر الخطأ الاول سبعة فضعف ما رواء النصيب من الثلث
وذلك بان تزيد عليه مثله فتصير ستة فصار الثلث مع النصيب سبعة فاعط بالنصيب سهما واعط بالوصية الاخرى
ثلث الباقى وذلك سهمان يبقى أربعة ضم ذلك الى ثلثى المال وذلك أربعة عشر فتصير ثمانية عشر وحاجتك الى ثلاثة
فظهر الخطأ بخمسة عشر فاذا أردت معرفة الثلث فخذ الثلث الاول وذلك أربعة واضربه فى الخطأ الثانى وذلك
خمسة عشر فتصير ستين وخذ الثلث الثانى وذلك سبعة واضربه فى الخطأ الاول وذلك سبعة فتصير تسعة وأربعين
ثم اطرح الاقل وذلك تسعة وأربعون من الاكثر وذلك ستون يبقى أحد عشر فهو الثلث وان أردت معرفة
النصيب فخذ النصيب الاول وذلك سهم واضربه فى الخطأ الثانى وذلك خمسة عشر فتكون خمسة عشر وخذ
النصيب الثانى وذلك سهم واضربه فى الخطأ الاول وذلك سبعة ثم اطرح سبعة من خمسة عشر تبقى ثمانية فهو
النصيب ولو كان له خمس بنين فأوصى لرجل بمثل نصيب أحدهم وأوصى لرجل آخر بثلث ما بقى من الثلث بعد
النصيب فالفريضة من احد وخمسين سهما لصاحب النصيب ثمانية أسهم ولصاحب ثلث ما بقى ثلثه ولكل ابن
ثمانية (أما) تخريج المسئلة على طريق الحشو فهو ان تأخذ عدد البنين وذلك خمسة وتفرز نصيبهم وذلك خمسة أسهم وتزيد
عليه سهما آخر لاجل الموصى له بمثل النصيب لان مثل الشئ غيره فتصير ستة فاضربها فى مخرج الثلث وذلك ثلاثة
لاجل وصيته بثلث ما يبقى من الثلث بعد النصيب فتصير ثمانية عشر ثم اطرح منها سهما واحدا لاجل الوصية بثلث
ما يبقى من الثلث لانه زاد فى الوصية والزيادة فى الوصية توجب نقصانا فى نصيب الموصى له الاول وثلث ما يبقى من
الثلث ثمانية لما نذكر ان شاء الله تعالى ويستحق ذلك من جميع الثلث من كل ثلث سهم فوجب أن ينقص من هذا
الثلث سهم لذلك قلنا انه يطرح من هذا الثلث سهم فيبقى سبعة عشر فاجعل هذا ثلث المال وثلثا المال مثلاه
وذلك اربعة وثلاثون وجميع المال احد وخمسون وثلث المال سبعة عشر واذا أردت ان تعرف قدر النصيب فخذ
النصيب وذلك سهم واضربه فى ثلاثة ثم اضرب ثلاثه فى ثلاثه لقوله ثلث ما بين من الثلث بعد النصيب فتصير تسعة ثم
انقص منها واحد الاجل الموصى له كما نقصت فى الابتداء فيبقى ثمانية فذلك نصيب الموصى له بمثل النصيب
من ثلث المال يبقى الى تمام المال تسعة فاعط الموصى له بثلث ما بقى من الثلث بعد النصيب ثلثها وذلك ثلاثة فيبقى ستة
ضمها الى ثلثى المال وذلك أربعة وثلاثون فتصير أربعين سهما فتقسم بين البنين الخمس لكل واحد ثمانية مثل
ما أعطيت الموصى له بمثل النصيب (واما) التخريج على طريقة الخطأين فهو ان تجعل ثلث المال عددا لو أعطيت منه
سهما وهو النصيب يبقى وراءه عدد له ثلث لحاجتك الى اعطاء الموصى له الآخر ثلث ما يبقى من الثلث بعد النصيب
وأقله أربعة فاجعل ثلث المال أربعة فاتقذ منه الوصيتين فاعط الموصى له بالنصيب سهما والآخر ثلث ما بقى
وهو سهم آخر فيبقى وراءه سهمان ضمهما الى ثلثى المال وذلك ثمانية فتصير عشرة بين البنين الخمس فتبين انك
قد أخطأت بخمسة لان حاجتك الى خمسة لانك قد اعطيت للموصى له بالنصيب سهما فلا تحتاج الا الى خمسة
فأزل هذا الخطأ وذلك بالزيادة فى النصيب لان هذا الخطأ انما جاء من قبل نقصان النصيب فزد فى النصيب سهما
فتصير الثلث على خمسة فنفذ منها الوصيتين فاعط الموصى له بالنصيب سهمين والموصى له بثلث ما يبقى سهما يبقى
سهمان ضمهما الى ثلثى المال وذلك عشرة فتصير اثنى عشر بين البنين الخمس فيظهر انك أخطأت بسهمين لان
حاجتك الى عشرة وكان الخطأ الاول خمسة فذهب من سهام الخطا ثلاثة فتبين أنك مهما زدت فى النصيب سهماً
تماما يذهب من سهام الخطا ثلاثة وأنك تحتاج الى أن يذهب ما بقى من سهام الخطا وهو سهمان وطريقه أن
تزيد على النصيب ثلثى سهم حتى يذهب الخطأ كله لان زيادة سهم تام اذا كان يذهب ثلاثة أسهم من سهام الخطا

يعلم ضرورة أن بزيادة كل ثلث على النصيب يذهب سهم من سهام الخطا فيذهب بزيادة ثلثي سهم سهمان فصار النصيب سهمين وثلثي سهم وتمام الثلث وراءه ثلاثة فصار الثلث كله خمسة أسهم وثلثي سهم فانكسر فاضرب خمسة وثلثي في ثلاثة فتصير سبعة عشر لان خمسة في ثلاثة تكون خمسة عشر وثلثان في ثلاثة تكون سهمين فذلك سبعة عشر فهو الثلث والثلثان مثلاذلك فتصير أحد وخمسين والنصيب سهمان وثلثا سهم مضروب في ثلاثة فتصير ثمانية لان سهمين في ثلاثة ستة وثلثان في ثلثين سهمان فتصير ثمانية فذلك للموصى له بمثل النصيب بقي الى تمام الثلث تسعة فاعط للموصى له بثلث مابقي من الثلث بعد النصيب ثلثها وذلك ثلاثة يبقى ستة ضمها الى ثلثي المال وذلك أربعة وثلاثون فتصير أربعين لكل واحد من البنين الخمسة ثمانية (وأما) تخريجه على طريقة الجامع الاصغر وهو أنه اذا ظهر لك الخطأ فلا تزيد على النصيب شيأ ولكن اضرب الثلث الاول في الخطا الثاني والثلث الثاني في الخطا الاول فما بلغ فاطرح منه أقلهما من أكثرهما فما بقي فهو ثلث المال والثلث الاول ههنا كان أربعة والخطأ الثاني كان سهمين فاضرب سهمين في أربعة فتصير ثمانية والثلث الثاني خمسة والخطأ الاول كان خمسة فاضرب خمسة في خمسة فتصير خمسة وعشرين فاطرح الاقل من خمسة وعشرين وذلك ثمانية فيبقى سبعة عشر فهو ثلث المال وهكذا اعمل في النصيب وهو أنك تضرب النصيب الاول في الخطا الثاني والنصيب الثاني في الخطا الاول فما بلغ فاطرح مثل أقلهما من أكثرهما فما بقي فهو النصيب والنصيب الاول سهم والخطأ الثاني سهمان فسهم في سهمين يكون سهمين والنصيب الثاني سهمان والخطأ الاول خمسة فاضرب سهمين في خمسة تكون عشرة ثم اطرح الاقل وهو سهمان من الاكثر وهو عشرة فيبقى ثمانية وهو النصيب والقسمة بينهم على نحو ماذكرنا واختار الحساب في الخطأين هذه الطريقة لما فيها من اللين والسهولة لانه لو زيد على النصيب بعد ظهور الخطأين يتعين الآخر لانه قد زاد عليه من حيث الاجزاء من الثلث والثلثين ثم يحتاج الى الضرب وفيه نوع عسر (وأما) التخريج على طريقة الجامع الاكبر فهو أنه اذا تبين لك الخطأ الاول فلا تزد على النصيب ولكن ضعف ماوراء النصيب ووراء النصيب ههنا ثلاثة فاذا ضعفت الثلاثة صارت ستة والثلث سبعة فاعط بالنصيب سهما وبثلث مابقي سهمين يبقى أربعة ضمها الى ثلثي المال وهو أربعة عشر فيصير ثمانية عشر بين البنين الخمسة وحاجتك الى خمسة فتبين أنك قد أخطأت بثلاثة عشر ثم اضرب هذا الخطأ في الثلث الاول يصير اثنين وخمسين واضرب الخطأ الاول وهو خمسة في الثلث الثاني وهو سبعة فتصير خمسة وثلاثين ثم اطرح الاقل من الاكثر فتصير سبعة عشر وفي النصيب اعمل هكذا فاضرب النصيب الاول في الخطا الثاني فتصير ثلاثة عشر والنصيب الثاني في الخطا الاول فتصير خمسة ثم اطرح خمسة من ثلاثة عشر فما بقي فهو النصيب وطريقة الجامع الاصغر أسهل ولو أوصى بمثل نصيب أحدهم ولآخر بربع مابقي من الثلث بعد النصيب فالمسئلة تخرج من تسعة وستين للموصى له بمثل النصيب أحد عشر وللموصى له بربع مابقي من الثلث ثلاثة ولكل ابن أحد عشر (أما) التخريج على طريقة الحشو فهو أن تأخذ عدد البنين وهو خمسة وتزيد عليها سهما لاجل صاحب النصيب فتصير ستة ثم اضرب الستة في مخرج الربع وذلك أربعة لاجل صاحب الربع فتصير أربعة وعشرين ثم اطرح منها سهما لما ذكرنا فيبقى ثلاثة وعشرون فهو ثلث المال وثلثاه مثلاه وذلك ستة وأربعون وجملة المال تسعة وستون والنصيب سهم مضروب في أربعة ثم الاربعة في ثلاثة فتصير اثني عشر ثم اطرح منه سهما يبقى أحد عشر فهو للموصى له بمثل النصيب فيبقى الى تمام الثلث اثنا عشر فاعط منها ربع ما بقي من الثلث بعد النصيب وذلك ثلاثة يبقى تسعة ضمها الى ثلثي المال وذلك ستة وأربعون فتصير خمسة وخمسين بين البنين الخمسة لكل واحد احد عشر فاستقام الحساب (وأما) التخريج على طريقة الخطائين فهو أن تجعل ثلث المال عددا لو أعطيت منه النصيب يبقى وراءه عدد له ربع وأقله خمسة فاعط بالنصيب سهما يبقى أربعة فاعط ربع مايبقى سهما يبقى ثلاثة ضمها الى ثلثي المال وذلك عشرة فتصير ثلاثة

عشر وحاجتك الى خمسة لكل واحد من البنين سهم ليكون نصيب كل واحد منهم مثل نصيب صاحب النصيب فظهر أنك أخطأت بثمانية أسهم فزد فى النصيب سهما فيصير الثلث ستة فاعط بالنصيب سهمين وبربع ما يبقى سهما يبقى ثلاثة ضمها الى ثلثى المال وهو اثنا عشر فيصير خمسة عشر فظهر لك أنك أخطأت بخمسة لان حاجتك الى عشرة لكل واحد من البنين الخمسة سهمان كما للموصى له بالنصيب الا أنه انتقص من سهام الخطأ فى هذه الكرة ثلاثة لان الخطأ الاول كان بثمانية وفى هذه الكرة بخمسة فتبين أنك مهما زدت فى النصيب سهما كاملا يذهب من سهام الخطأ ثلاثة فزد ثلثى سهم على سهمين حتى يذهب الخطأ كله فصار النصيب ثلاثة أسهم وثلثى سهم ووراءه أربعة أسهم فيصير الثلث سبعة أسهم وثلثى سهم وانكسر بالاثلاث فاضرب سبعة أسهم وثلثى سهم فى ثلاثة ليزول الكسر فيصير ثلاثة وعشرين فهو ثلث المال وثلثاه مثلاه وهو ستة وأربعون فكل المال تسعة وستون والنصيب ثلاثة وثلثان مضروبا فى ثلاثة فيكون أحد عشر والباقى الى تمام الثلث اثنا عشر ثلاثة منها وهى ربع ما بقى من كل الثلث بعد النصيب للموصى له بالربع فيبقى تسعة ضمها الى ثلثى المال فيصير خمسة وخمسين لكل واحد من البنين أحد عشر والتخريج على طريقة الاصغر والاكبر على نحو ما بينا ولو أوصى بمثل نصيب أحدهم ولآخر بخمس ما بقى من الثلث بعد النصيب فالمسئلة تخرج من سبعة وثمانين لصاحب النصيب أربعة عشر ولصاحب الخمس ثلاثة ولكل ابن أربعة عشر (أما) التخريج على طريقة الحشو فعلى نحو ما ذكرنا أنك تأخذ عدد البنين وذلك خمسة وتزيد عليها واحدا كما فعلت فى المسائل المتقدمة فتصير ستة ثم اضرب ستة فى مخرج الخمس وهو خمسة فتصير ثلاثين ثم انقص منها واحدا للمعنى الذى ذكرنا فيبقى تسعة وعشرون فاجعل هذا ثلث المال وثلثاه مثلاه وذلك ثمانية وخمسون وجميع المال سبعة وثمانون فاذا أردت أن تعرف النصيب فخذ النصيب وذلك سهم فاضربه فى خمسة ثم اضرب خمسة فى ثلاثة لما ذكرنا فيما تقدم فيصير خمسة عشر ثم انقص منها سهما فيبقى أربعة عشر فهذا هو النصيب فأعط للموصى له بمثل النصيب يبقى الى تمام الثلث خمسة عشر فاعط للموصى له بالخمس خمس ذلك وذلك ثلاثة يبقى هناك اثنا عشر ضمها الى ثلثى المال وذلك ثمانية وخمسون فتصير سبعين فاقسمها بين البنين الخمسة لكل ابن اربعة عشر مثل ما كان للموصى له بالنصيب (وأما) التخريج على طريقة الخطائين فعلى نحو ما بينا أنك تجعل ثلث المال عددا لو أعطينا منه نصيبا يبقى وراءه عدد له خمس وأقل ذلك ستة فتعطى منها سهما بالنصيب وسهما بخمس ما يبقى من الثلث بعد النصيب فيبقى وراءه أربعة ضمها الى ثلثى المال فتصير ستة عشر فتبين أنك أخطأت باحد عشر لان حاجتك الى خمسة لكل واحد من البنين سهم مثل ما كان للموصى له بالنصيب فزد فى النصيب سهما فيصير الثلث سبعة فاعط بالنصيب سهمين ثم اعط بخمس ما بقى سهما فيبقى هناك أربعة ضمها الى ثلثى المال وذلك أربعة عشر فتصير ثمانية عشر فتبين انك أخطأت فى هذه الكرة بزيادة ثمانية لان حاجتك الى عشرة لكل ابن سهمان كما كان للموصى له فظهر لك ان بزيادة كل سهم على النصيب يذهب ثلاثة أسهم من الخطأ وانك تحتاج الى أن يذهب ما بقى من سهام الخطا وهى ثمانية أسهم فزد سهمين وثلثى سهم على سهمين فتصير أربعة أسهم وثلثى سهم وما وراءه خمسة أسهم فصار الثلث تسعة أسهم وثلثى سهم فاضرب هذه الجملة فى ثلاثة فتصير تسعة وعشرين فهو ثلث المال وثلثاه مثلاه فتصير جملة المال سبعة وثمانين فالنصيب أربعة وثلثان مضروب فى ثلاثة فتصير أربعة عشر والباقى الى تمام الثلث خمسة عشر فاخرج منها الخمس وضم الباقى الى ثلثى المال على ما علمناك وطريقتا الجامع الاصغر والاكبر على نحو ما ذكرنا ولو أوصى بمثل نصيب أحدهم الا ثلث ما بقى من الثلث بعد النصيب فالمسئلة تخرج من سبعة وخمسين فالنصيب عشرة والاستثناء ثلاثة ولكل ابن عشرة (أما) على طريقة الحشو فهو أنك تأخذ نصيب الورثة على عددهم وذلك خمسة وتزيد عليها واحدا فتصير ستة ثم اضرب ستة فى ثلاثة لقوله الا ثلث ما بقى من الثلث بعد النصيب فتصير ثمانية عشر ثم زد عليها سهما لان الاستثناء من وصيته يوجب زيادة

في

فى نصيب الورثة وهى شائعة فى كل المال فتزيد على كل ثلث سهما كما كنت تنقص فى المسائل المتقدمة من كل ثلث سهما لان النقصان هناك ما كان لذاته لما ذكرنا ولا ستقامة الحساب وههنا لا يستقيم الا بالزيادة فتزاد فتصير تسعة عشر فاجعل هذا ثلث المال وثلثاه مثلاه وذلك ثمانية وثلاثون وجميع المال سبعة وخمسون واذا أردت معرفة النصيب فالنصيب كان واحدا فاضربه فى ثلاثة ثم اضرب ثلاثة فى ثلاثة لما ذكرنا فتصير تسعة ثم زد عليها واحدا كما زدت فى الابتداء فتصير عشرة فهذا هو النصيب وبقى الى تمام ثلث المال تسعة فاستثن من النصيب مقدار ثلث ما بقى وهو ثلاثة فاذا استثنيت من العشرة ثلاثة يبقى للموصى له سبعة أسهم فضم المستثنى وهو الثلاثة مع ما بقى وهو تسعة وذلك اثنا عشر الى ثلثى المال وذلك ثمانية وثلاثون فتصير خمسين فاقسمها على البنين الخمس لكل ابن عشرة مثل ما كان للموصى له قبل الاستثناء واما طريقة الخطائين فهى أن تجعل الثلث على عدد لو اعطيت منه نصيبا يبقى وراءه ثلاثة ولو استثنيت من النصيب ثلث ما يبقى يبقى وراءه سهم وأقل ذلك أن يجعل الثلث على خمسة أسهم فاعط للموصى له بالنصيب سهمين ثم استثن منه مثل ثلث ما يبقى وهو واحد وضمه الى ما بقى فتصير أربعة فضمها الى ثلثى المال وهو عشرة أسهم فتصير أربعة عشر سهما وحاجتك الى عشرة أسهم لكل ابن سهمان مثل ما أعطيت للموصى له بالنصيب فظهر أنك أخطأت بزيادة أربعة أسهم فزد فى النصيب سهما فتصير ثلاثة وو راءه ثلاثة ثم استثن منه سهما وضمه الى ما بقى فتصير أربعة ثم ضمها الى ثلثى المال وذلك اثنا عشر فتصير ستة عشر وحاجتك الى خمسة عشر لكل ابن ثلاثة مثل ما أعطيت للموصى له بالنصيب فظهر أنك أخطأت بسهم والخطأ الاول كان بأربعة فظهر ان بزيادة سهم على النصيب يذهب ثلاثة أسهم من الخطا فتعلم أن بزيادة ثلاثة أسهم أخر يذهب ما بقى من الخطا فرد ثلثا آخر فيصير النصيب ثلاثة أسهم وثلث سهم وما بقى ثلاثة أسهم فتصير ستة أسهم وثلث سهم فاضربها فى ثلاثة فتصير تسعة عشر فهذا ثلث المال والنصيب ثلاثة وثلث سهم مضروب فى ثلاثة فيكون عشرة والاستثناء منه ثلاثة فذلك سبعة وهى للموصى له ولكل ابن عشرة فخرجت الفريضة من سبعة وخمسين هذا اذا استثنى ثلث ما يبقى من الثلث بعد النصيب فاما اذا استثنى ربع ما يبقى من الثلث بعد النصيب بأن أوصى له بمثل نصيب أحد بنيه الخمس الا ربع ما يبقى من الثلث بعد النصيب فالفريضة من خمسة وسبعين النصيب منها ثلاثة عشر والاستثناء ثلاثة ولكل ابن أربعة عشر (أما) طريقة الحشو فاذكرنا أن تأخذ عدد البنين وتزيد عليه سهما فتصير ستة ثم اضربه فى مخرج الربع وذلك اربعة فتصير أربعة وعشرين ثم زد عليها واحدا لما ذكرنا فتصير خمسة وعشرين فاجعل هذا ثلث المال وثلثاه مثلاه وذلك خمسون وجميع المال خمسة وسبعون هذا المعرفة أصل المال (واما) معرفة النصيب فان كان واحدا فاضربه فى أربعة لما ذكرنا فيما تقدم فيصير أربعة ثم اضرب أربعة فى ثلاثة فتصير اثنى عشر فزد عليها واحدا لما ذكرنا أيضا فتصير ثلاثة عشر هذا هو النصيب فيبقى الى تمام ثلث المال وهو خمسة وعشرون اثنا عشر فاسترجع من النصيب بحكم الاستثناء ربع ذلك وهو ثلاثة فبقى للموصى له عشرة ثم ضم هذه الثلاثة الى اثنى عشر فاسترجع من النصيب بحكم الاستثناء ربع ذلك وهو ثلاثة فبقى للموصى له عشرة ثم ضم هذه الثلاثة الى اثنى عشر فتصير خمسة عشر ثم تضمها الى ثلثى المال خمسون فتصير خمسة وستين فاقسم بين البنين الخمس لكل واحد ثلاثة عشر مثل ما كان للموصى له بالنصيب قبل الاستثناء (وأما) طريقة الخطائين فهى أن تجعل ثلث المال عددا اذا أعطيت منه النصيب يبقى وراءه أربعة واذا استثنيت من النصيب مثل ربع ما بقى من الثلث بعد النصيب يبقى وراءه سهم وأقل ذلك ستة فاجعلها ثلثى المال فاعط بالنصيب سهمين ثم استرجع منه بالاستثناء مثل ربع ما بقى وذلك سهم وضمه الى ما بقى فتصير خمسة ثم ضمها الى ثلثى المال وذلك اثنا عشر فتصير سبعة عشر فتبين أنك أخطأت بزيادة سبعة وان حاجتك الى العشرة لكل ابن سهمان مثل ما أعطيت لصاحب النصيب لان نصيبه مثل نصيبهم فزد فى النصيب سهما فتصير ثلاثة فاعط بالنصيب ثلاثة أسهم ثم استرجع منه مثل ربع ما يبقى وهو سهم وضمه الى ما بقى وذلك أربعة فتصير خمسة فضمها الى ثلثى المال وذلك أربعة عشر فتصير تسعة عشر فيظهر أنك أخطأت فى

هذه الكرة بار بعة لان حاجتك الى خمسة عشر لكل ابن ثلاثة مثل ما أعطيت للموصى له بالنصيب وتبين لك أنك مهما زدت فى النصيب سهما انتقص من سهام الخطأ ثلاثة وقد بقى من سهام الخطأ أر بعة وانك تحتاج الى اذهابها فزد فى النصيب قدر ما يذهب به وهو أر بعة فزد فى النصيب سهما وثلث سهم حتى تذهب به سهام الخطأ كلها فصار النصيب أر بعة أسهم وثلث سهم وما بقى أر بعة أسهم فتصير ثمانية أسهم وثلث سهم فاضر بها فى ثلاثة فتصير خمسة وعشرين وهى ثلث المال وثلثاه مثلاه وذلك خمسون وجملته خمسة وسبعون والنصيب أر بعة أسهم وثلث سهم مضروب فى ثلاثة فيكون ثلاثة عشر استثن منها ثلاثة فيبقى عشرة ثم ضم هذه الثلاثة الى اثنى عشر يصير خمسة عشر ثم تضم الى ثلثى المال وذلك خمسون فتصير خمسة وستين واقسمه بين البنين الخمسة لكل ابن ثلاثة عشر مثل ما كان للموصى له قبل الاستثناء والتخريج على طريقة الجامع الاصغر والاكبر على نحو ماذكرنا ولو كان ثلاث بنين وأوصى لرجل بمثل نصيب أحدهم الا ثلث ما يبقى من الثلث بعد النصيب فالمسألة تخرج من تسعة وثلاثين الثلث منها ثلاثة عشر والنصيب بعد الاستثناء تسعة وتخريجها على طريقة الحشو أن تأخذ عدد البنين وهو ثلاثة ثم زد عليها سهما لاجل النصيب فتصير أر بعة ثم اضرب الار بعة فى ثلاثة لان المستثنى ثلاثة فتصير اثنى عشر ثم زد واحداً فتصير ثلاثة عشر فهذا ثلث المال وثلثاه مثلاه وذلك ستة وعشرون (وأما) معرفة النصيب الكامل فهو أن تأخذ النصيب وذلك سهم واحد واضر به فى مخرج الثلث فتصير ثلاثة ثم اضرب ثلاثة فى ثلاثة لمكان الثلث فتصير تسعة ثم زد عليها واحداً كما زدت فى الثلث فتصير عشرة فهو النصيب الكامل فاعط لصاحب النصيب عشرة من الثلث وهو ثلاثة عشر فيبقى من الثلث بعد النصيب ثلاثة ثم استرجع من النصيب بسبب الاستثناء ثلث ما يبقى من الثلث وذلك واحد وضمه الى ما بقى من الثلث فتصير أر بعة فهذه الار بعة فضلت عن الوصية فضمها الى ثلثى المال وذلك ستة وعشرون فتصير ثلاثين لكل ابن عشرة مثل النصيب الكامل قبل الاستثناء وحصل للموصى له بعد الاستثناء تسعة (وأما) التخريج على طريقة الخطائين فهو ان تجعل ثلث المال عدداً لو أعطيت بالنصيب شيأ ثم استرجعت من النصيب بالاستثناء ثلث ما بقى من الثلث بعد النصيب يبقى فى يد الموصى له شىء وأقل ذلك خمسة فاعط بالنصيب سهمين ثم استرجع منه سهما لمكان الاستثناء وضمه الى ما بقى من الثلث بعد النصيب فتصير أر بعة فهى فاضلة من الوصية فضمها الى ثلثى المال وذلك عشرة فصار أر بعة عشر وحاجتك الى ستة لانك أعطيت بالنصيب الكامل سهمين فظهر انك أخطأت بثمانية فزد على النصيب سهما آخر حتى اذا أعطيت بالنصيب ثلاثة يبقى بعده ماله ثلث لمكان الاستثناء فاجعل الثلث ستة فاعط النصيب ثلاثة يبقى ثلاثة ثم استرجع من النصيب سهما فصار معك أر بعة فضمها الى ثلثى المال وذلك اثنا عشر فصار ستة عشر وحاجتك الى تسعة لانك عطيت بالنصيب ثلاثة فيجب أن يكون لكل ابن مثل ذلك ثلاثة فظهر انك أخطأت فى هذه الكرة بزيادة سبعة والخطأ الاول كان بزيادة ثمانية فتبين لك ان كل سهم زيد على الثلث يذهب سهما من الخطأ فزد سبعة على الثلث الاول وهو ستة فتصير ثلاثة عشر فهو الثلث فاعط بالنصيب عشرة يبقى الى تمام الثلث ثلاثة ثم استرجع سهما فصار ار بعة فضمها الى ثلثى المال وهو ستة وعشرون فتصير ثلاثين على نحو ماذكرنا وطريقة الجامع الاصغر على ما بينا وهو ان لا تزيد على النصيب عند ظهور الخطأين ولكن خذ الثلث الاول وذلك خمسة واضر به فى الخطأ الثانى وذلك سبعة فتصير خمسة وثلاثين ثم خذ الثلث الثانى وذلك ستة واضر به فى الخطأ الاول وذلك ثمانية يصير ثمانية وأر بعين ثم اطرح الاقل من الاكثر يبقى ثلاثة عشر فهو ثلث المال (وأما) معرفة النصيب فخذ النصيب الاول بعد الاستثناء وذلك سهم واضر به فى الخطأ الثانى وذلك سبعة فتصير سبعة ثم خذ النصيب الثانى وذلك سهمان واضر به فى الخطأ الاول وذلك ثمانية فتصير ستة عشر ثم اطرح الاقل من الاكثر يبقى تسعة فهو النصيب ثم الباقى على نحو ماذكرنا (وأما) طريقة الجامع الاكبر فهو ان تضعف الثلث الاول سوى النصيب وذلك أر بعة فضعفها فتصير

ثمانية ثم زد عليه النصيب وذلك سهم فتصير تسعة فهو الثلث الثانى فاعط بالنصيب ثلاثة يبقى ستة فثلث ما بقى سهمان ثم استرجع من النصيب ثلث ما يبقى وذلك سهمان وضمهما الى ما معك وذلك ستة فتصير ثمانية فهى فاضلة عن الوصية وضمها الى ثلثى المال وذلك ثمانية عشر فتصير ستة وعشرين وحاجتك الى تسعة لانك أعطيت بالنصيب ثلاثة فيجب أن يكون لكل ابن ثلاثة فظهر انك أخطأت بزيادة سبعة عشر فى طريقة الجامع الاكبر والخطأ الاول فى طريقة الخطائين كان بزيادة ثمانية فخذ الثلث الاول فى طريقة الخطائين وذلك خمسة واضرب به فى الخطأ الثانى وذلك سبعة عشر فتصير خمسة وثمانين ثم خذ الثلث الثانى وذلك تسعة واضرب به فى الخطأ الاول وذلك ثمانية فتصير اثنين وسبعين ثم اطرح الاقل من الاكثر يبقى ثلاثة عشر فهو ثلث المال (وأما) معرفة النصيب فخذ النصيب الاول من طريق الخطائين وذلك سهم واضرب به فى الخطأ الثانى من الجامع الاكبر وذلك سبعة عشر بسبعة عشر وخذ النصيب الثانى وذلك سهم من طريقة الجامع الاكبر واضرب به فى الخطأ الاول وذلك ثمانية بثمانية واطرح الاقل من الاكثر فيبقى تسعة فهو النصيب يبقى ثلاثون بين البنين لكل واحد منهم عشرة هذا اذا قال الا ثلث ما يبقى من الثلث بعد النصيب (فاما) اذا قال الا ثلث ما يبقى من الثلث بعد الوصية فاصل المسألة ما ذكرنا فى الفصل الاول الا أن فى تخريجه ضرب تفاوت (أما) على طريقة الحشو فهو ان تأخذ عدد البنين وذلك ثلاثة وتزيد عليه واحداً ثم تضربها فى مخرج النصف وهو سهمان وانما ضربنا هذا فى سهمين والاول فى ثلاثة لان مقصود الموصى ههنا أن يكون المستثنى بعد الوصية الحاصلة ثلث ما بقى ولن يكون ذلك الا أن يكون قبل الاسترجاع معه سهمان حتى اذا استرجعت منه شيأ يكون المسترجع ثلث ما بقى ومقصوده فى المسألة الاولى الا أن يكون المستثنى بعد النصيب قبل الاسترجاع مثل ثلاثة ولن يكون ذلك الا وأن يكون معه ثلاثة قبل الاسترجاع حتى اذا استرجعت شيأ يكون المسترجع ربعه فاذا ضربت أربعة فى اثنين بلغ ثمانية ثم تزيد واحدا فتصير تسعة فهذا ثلث المال وثلثاه مثلاه وهو ثمانية عشر (فاما) معرفة النصيب فخذ النصيب وذلك واحد واضرب به فى مخرج الثلث فتصير ثلاثة فاضرب الثلاثة فى مخرج النصف وذلك سهمان فتصير ستة ثم زد عليه سهما فتصير سبعة فهو النصيب فاعط صاحب النصيب سبعة يبقى الى تمام الثلث سهمان ثم استرجع منه سهما فضمه الى ذلك فتصير ثلاثة فضمها الى ثلثى المال فيصير احدو عشرون لكل ابن سبعة (وأما) طريقة الخطائين فهى ان تجعل ثلث المال عددا لو أعطيت منه نصيباً واسترجعت منه شيأ يكون المسترجع مثل نصف وأقل ذلك أربعة ادفع للموصى له بالنصيب سهمين ثم استرجع منه سهماً ضمه الى ما بقى وهى اثنان وما بقى وهو سهم المال فتصير ثلاثة فضمها الى ثلثى المال وذلك ثمانية فتصير احد عشر وحاجتك الى ستة لانك أعطيت بالنصيب سهمين فظهر انك اخطأت بزيادة خمسة فزد فى النصيب سهما واعط بالنصيب ثلاثة ثم استرجع منه سهما وضمه الى ما بقى فتصير ثلاثة فضمها الى ثلثى المال وذلك عشرة فتصير ثلاثة عشر وحاجتك الى تسعة لانك أعطيت بالنصيب ثلاثة فظهر انك قد أخطأت بزيادة أربعة فظهر انك كلما زدت درهما يزول خطأ درهم فزد فى الابتداء على النصيب قدر خطأ الاول وهو خمسة فبلغ سبعة و بقى الى تمام الثلث بعد النصيب سهمان فاسترجع منه سهما وضمه مع الباقى الى ثلثى المال وهو ثمانية عشر فصار احدا وعشرين فاعط لكل ابن سبعة وللموصى له ستة هذا اذا قيد قوله الا ثلث ما يبقى من الثلث بالنصيب أو بالوصية (فاما) اذا أطلق بان قال الا ثلث ما يبقى من الثلث ولم يزد عليه قال محمد قال عامة الحساب يعنى المعروفين بعلم الحساب من أصحاب أبى حنيفة رضى الله عنه مثل الحسن بن زياد وغيره هذا بمنزلة الفصل الاول وهو ما اذا قال الا ثلث ما يبقى من الثلث بعد النصيب وقال محمد رحمه الله هو بمنزلة الفصل الثانى وهو ما اذا قال الا ثلث ما يبقى من الثلث بعد الوصية (وجه) قول العامة انه لما قال أوصيت لك بمثل نصيب أحد بنى فقد أتى بوصية صحيحة واستحق ربع المال لانه جعل نصيبه مثل نصيب أحد بنيه كانه أحد بنيه فلما قال الا ثلث ما يبقى من الثلث فقد استخرج بالاستثناء بعض الوصية مطلقا وذلك

يحتمل بعد الوصية ويحتمل بعد النصيب الا أن المستخرج بالاستثناء بعد النصيب أقل والمستخرج بعد الوصية أكثر والاقل متيقن به فى استخراجه وفى استخراج الزيادة شك فلا يثبت استخراج الزيادة بالشك بل تبقى الزيادة داخلة تحت المستثنى منه (وجه) قول محمد أن الاستثناء ليس باستخراج بعض الكلام لما فيه من التناقض على ما عرف فى أصول الفقه بل هو تكلم بالباقى بعد الثنيا فلم يدخل المستثنى فى صدر الكلام لانه دخل ثم خرج بكلام الاستثناء فلفظ الوصية ههنا مع الاستثناء لم يتناول الا المستثنى منه والمستثنى يحتمل الاقل والاكثر فلا يتناول اللفظ الا القدر المتيقن به وهو الاقل ولو أوصى بمثل نصيب أحدهم الا ربع ما يبقى من الثلث بعد النصيب فالمسألة تخرج من أحد وخمسين النصيب اثنا عشر والاستثناء خمسة ولكل ابن ثلاثة عشر (أما) تخريجها على طريقة الحشو فهو ان تأخذ عدد البنين وهو ثلاثة وتزيد عليه واحدا فيصير أربعة فاضرب أربعة فى مخرج السهم المستثنى وهو اربعة فتصير ستة عشر ثم زد سهما فتصير سبعة عشر هذا ثلث المال وثلثاه مثلاه أربعة وثلاثون فجملته احد وخمسون هذا المعرفة أصل المال (وأما) معرفة النصيب فهى ان تأخذ النصيب وذلك سهم وتضربه فى مخرج الثلث فتصير ثلاثة ثم تضرب الثلاثة فى مخرج السهم المستثنى وذلك أربعة فتصير اثنى عشر ثم تزيد عليه سهما فتصير ثلاثة عشر هذا هو النصيب بقى الى تمام الثلث أربعة فاعط بالنصيب ثلاثة عشر ثم استرجع مثل ربع ما بقى وهو سهم وضمه الى ما بقى فصار خمسة فضمها الى ثلثى المال وذلك أربعة وثلاثون فيبلغ تسعة وثلاثين فاعط لكل ابن ثلاثة عشر كما أعطيت بالنصيب قبل الاسترجاع (وأما) التخريج على طريقة الخطائين فهو ان تجعل ثلث المال ستة ليبقى بعد اعطاء النصيب والاسترجاع منه مثل ربع ما يبقى فاعط بالنصيب سهمين ثم استرجع منه مثل ربع ما يبقى وذلك سهم وضمه الى ثلثى المال وذلك اثنا عشر فتصير سبعة عشر وحاجتك الى ستة لانك اعطيت بالنصيب سهمين فظهر انك أخطأت بزيادة احد عشر فزد فى النصيب سهما تصير ثلاثة فاعط بالنصيب ثلاثة ثم استرجع منه سهما وضمه مع الباقى الى ثلثى المال وذلك أربعة عشر فتصير تسعة عشر وحاجتك الى تسعة لانك اعطيت بالنصيب ثلاثة فظهر انك أخطأت بزيادة عشرة وظهر أن كل سهم زائد يزيل خطأ سهم فزد على النصيب قدر الخطأ الاول وذلك أحد عشر ليزول الخطأ فصار ثلاثة عشر فأعط بالنصيب ثلاثة عشر ثم استرجع منه سهما وضمه الى ما بقى وهى اربعة فضمها الى ثلثى المال وذلك اربعة وثلاثون فتصير تسعة وثلاثين كما ذكرنا ولو كان له خمس بنين فأوصى لرجل بمثل نصيب احدهم الا ثلث وربع ما يبقى من الثلث بعد النصيب فتخريج المسئلة على طريقة الحشو ان تأخذ عدد البنين خمسة وتزيد عليها واحدا فتصير ستة ثم تضرب ستة فى مخرج الجزء المستثنى وهو مثل الثلث والربع وذلك اثنا عشر فتصير اثنين وسبعين ثم تزيد ثلث مخرج المستثنى وربعه وذلك اثنا عشر وثلثه وربعه سبعة فتصير تسعة وسبعين فهذا ثلث المال وثلثاه مثلاه وذلك مائة وثمانية وخمسون (وأما) معرفة النصيب فهو ان تأخذ النصيب وذلك سهم وتضربه فى مخرج الثلث وذلك ثلاثة فتصير ثلاثة ثم تضرب الثلاثة فى مخرج السهم المستثنى وذلك اثنا عشر فتصير ستة وثلاثة ثم تزيد عليه مثل ثلثه وربعه وهو سبعة فتصير ثلاثة وأربعين فهو النصيب بقى الى تمام الثلث ستة وثلاثون وأعط بالنصيب ثلاثة وأربعين ثم استرجع مثل ثلث ما بقى وربعه بعد النصيب وذلك أحد وعشرون وضمها الى ما بقى وهو ستة وثلاثون فتصير سبعة وخمسين ثم ضمها الى ثلثى المال وذلك مائة وثمانية وخمسون فتبلغ مائتين وخمسة عشر فاعط لكل ابن ثلاثة وأربعين مثل ما أعطيت بالنصيب قبل الاسترجاع وللموصى له اثنين وعشرين ولو قال الا ثلث وربع ما بقى من الثلث بعد الوصية الحاصلة فتخريجها على طريقة الحشو ان تأخذ عدد البنين خمسة ثم زد عليه واحداً فتصير ستة ثم تضربه فى خمسة لما بينا فتصير ثلاثين ثم زد عليه مخرج الثلث والربع وذلك سبعة فتصير سبعة وثلاثين فهو الثلث والثلثان أربعة وسبعون (وأما) معرفة النصيب فخذ النصيب وذلك واحد واضربه فى ثلاثة ثم ثلاثة فى خمسة فصارت خمسة عشر

ثم زد عليه مثل مخرج الثلث والربع وهو سبعة فتصير اثنين وعشرين وبقى الى تمام الثلث خمسة عشر فأعط صاحب النصيب اثنين وعشرين ثم استرجع منه مثل ثلث ما بقى وربعه بعد النصيب وذلك أحد وعشرون وضمها الى ما بقى من الثلث وهو خمسة عشر فتصير ستة وثلاثين ضمها الى ثلثى المال وذلك أربعة وسبعون تبلغ مائة وعشرة لكل ابن اثنان وعشرون مثل ما أعطيت صاحب الوصية قبل الاسترجاع وللموصى له درهم والله سبحانه وتعالى أعلم ولو ترك خمسة بنين وقد أوصى بمثل نصيب أحدهم وثلثى ما بقى من الثلث فالثلث سبعة عشر والنصيبين أربعة عشر والباقى بعد النصيبين من الثلث ثلاثة تعطى ثلثى ما يبقى من الثلث سهمان من ذلك يبقى سهم يرد الى ثلثى المال وذلك أربعة وثلاثون فتصير خمسة وثلاثين وتخريجه على طريقة الحشوان تأخذ عدد البنين وذلك خمسة وتزيد عليه بالنصيبين سهمين لان الموصى له بالنصيبين بمنزلة الابنين فكان البنين سبعة فتصير الفريضة من سبعة ثم اضربها فى ثلاثة لاجل الثلث فتصير أحد وعشرين ثم اطرح منه أربعة سهمين بالوصية بالنصيبين وسهمين بثلثى ما يبقى من الثلث لتخريج المسألة فيبقى سبعة عشر وهو الثلث واذا أردت معرفة النصيب فالوجه فيه ان تأخذ النصيبين وذلك سهمان وتضربهما فى ثلاثة فتصير ستة لان الوصية تنفذ من الثلث ثم اضربه فى ثلاثة لاجل ما يبقى من الثلث فيصير ثمانية عشر ثم اطرح منه أربعة مثل ما طرحت من الاول يبقى أربعة عشر فهو النصيبان يبقى الى تمام الثلث ثلاثة فاعط بثلثى ما يبقى من الثلث سهمين يبقى سهم فاضل عن الوصايا يرد الى ثلثى المال وذلك أربعة وثلاثون فتصير خمسة وثلاثين بين البنين الخمسة لكل ابن سبعة وهو نصف النصيبين والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) التخريج على طريقة الخطائين فهو أن تجعل ثلث المال سهاما لو أعطيت بالنصيبين سهمين يبقى بعده ما يخرج منه ثلثان وذلك خمسة فاعط بالنصيبين سهمين يبقى ثلاثة فاعط بثلثى ما يبقى سهمين يبقى سهم يرد الى ثلثى المال وذلك عشرة فتصير أحد عشر وحاجتنا الى خمسة حتى يكون لكل ابن سهم فظهر انك أخطأت بزيادة ستة فزد فى ثلثى المال سهمين فتصير سبعة فاعط بالنصيبين أربعة يبقى ثلاثة فاعط بثلثى ما يبقى سهمين يبقى سهم فزده الى ثلث المال وذلك أربعة عشر فيصير خمسة عشر وحاجتك الى عشرة لانك أعطيت بالنصيبين أربعة فيجب ان يكون لكل ابن سهمان وهم خمسة فيكون لهم عشرة فظهر انك أخطأت فى هذه الكرة بزيادة خمسة والخطأ الاول كان ستة فمتى زدت سهمين ذهب به من الخطأ سهم فعلم ان كل سهم زاد على الثلث يذهب به سهم من الخطأ فزاد اثنا عشر على الثلث الاول وهو خمسة حتى يزول الخطأ كله فتصير سبعة عشر فهو الثلث ثم الباقى الى آخره وأما على طريقة الجامع الاصغر فهو ان تأخذ الثلث الاول وهو خمسة واضربه فى الخطأ الثانى وهو خمسة فتصير خمسة وعشرين وتأخذ الثلث الثانى وذلك سبعة وتضربه فى الخطأ الاول وذلك ستة فتصير اثنين وأربعين ثم اطرح الاقل من الاكثر يبقى سبعة عشر فهو الثلث (والوجه) فى معرفة النصيب ان تأخذ النصيب الاول وذلك سهمان وتضربه فى الخطأ الثانى وذلك خمسة فتصير عشرة ثم تضرب النصيب الثانى وذلك أربعة فى الخطأ الاول وذلك ستة فتصير أربعة وعشرين ثم اطرح الاقل من الاكثر فيبقى أربعة عشر فهو النصيبان (وأما) على طريقة الجامع الاكبر فهو ان تضعف الثلث الاول الا النصيبين وذلك ثلاثة فتصير ستة ثم زد عليه النصيبين فتصير ثمانية وهذا هو الثلث فاعط بالنصيبين سهمين فيبقى ستة وأعط ثلثى ما يبقى أربعة يبقى سهمان يرد الى ثلثى المال وذلك ستة عشر فتصير ثمانية عشر وحاجتك الى خمسة لانك أعطيت بالنصيبين سهمين فيجب ان يكون لكل ابن سهم فالخطأ الثانى فى الجامع الاكبر زيادة ثلاثة والخطأ الاول فى الخطأين كان زيادة ستة فخذ الثلث الاول فى الخطأين وذلك خمسة واضربه فى الخطأ الثانى وذلك ثلاثة عشر فتصير خمسة وستين وخذ الثلث الثانى فى الجامع الاكبر وذلك ثمانية واضربه فى الخطأ الاول وذلك ستة فتصير ثمانية وأربعين ثم اطرح الاقل من الاكثر يبقى سبعة عشر فهو الثلث (والوجه) فى معرفة النصيب ان تأخذ ما جمع من الخطأين أحدهما ستة والآخر ثلاثة عشر فاطرح الاقل من الاكثر فاذا طرحت ستة

من ثلاثة عشر يبقى سبعة فهو النصيب ولو أوصى بثلث ما يبقى والمسئلة بحالها فالفريضة من سبعة وخمسين والثلث تسعة عشر والنصيبان ستة عشر وثلث ما يبقى واحد (وتخريجها) على طريقة الحشو ان تأخذ عدد البنين خمسة ثم زد عليها النصيبين وذلك سهمان فتصير سبعة ثم اضربها فى ثلاثة فتصير احدوعشرين ثم اطرح منها النصيبين وذلك سهمان يبقى تسعة عشر فهو الثلث فقد طرح محمد رحمه الله فى هذه المسئلة سهمين وفى المسئلة المتقدمة طرح أربعة أسهم سهمين بالنصيبين وسهمين بثلثى ما يبقى فعلى قياس ما ذكرهناك يجب ان يطرح ههنا أيضاً أربعة (والوجه) فى معرفة النصيب ان تأخذ النصيبين وذلك سهمان وتضربهما فى ثلاثة فتصير ستة ثم تضرب ستة فى ثلاثة فتصير ثمانية عشر ثم اطرح منه سهمين يبقى ستة عشر فهو النصيب وبقى الى تمام ثلث المال ثلاثة فاعط بثلث ما يبقى ثلثه وذلك سهم يبقى سهمان برد الى ثلثى المال وذلك ثمانية وثلاثون فتصير أربعين فتقسم بين البنين لكل ابن ثمانية (وأما) التخريج على طريق الخطائين فهو ان تجعل ثلث المال خمسة فاعط بالنصيبين سهمين يبقى ثلاثة فاعط بثلث ما يبقى سهما يبقى سهم تردالى ثلثى المال وذلك عشرة فتصير اثنى عشر وحاجتك الى خمسة فتبين انك أخطأت بزيادة سبعة فزد على الثلث سهمين فتصير سبعة فاعط بالنصيبين اربعة يبقى ثلاثة فاعط بثلث ما يبقى سهما يبقى سهمان تضم الى ثلثى المال وذلك اربعة عشر فتصير ستة عشر وحاجتك الى عشرة فظهر انك اخطأت فى هذه الكرة بزيادة ستة والخطأ الاول كان زيادة سبعة فعلمت ان كل سهمين تزاد فى الثلث تذهب من الخطأ سهما فزد فى الثلث الاول أربعة عشر سهما حتى يزول الخطأ كله فاذازدت على خمسة أربعة عشر تصير تسعة عشر فهو الثلث ثم يأتى الكلام على نحو ما ذكرنا (والتخريج) على طريقة الجامع الاصغر والاكبر على نحو ما بينا فاذا مات رجل وترك أما وابنتين وامرأتين وعصبة وأوصى لرجل بمثل نصيب احدى ابنتيه وبثلث ما يبقى من الثلث لآخر فالفريضة من ستة وستين والنصيب ستة عشر وثلث الباقى اثنان وللبنتين اثنان وثلاثون وللام ثمانية وللمرأة ستة وللعصبة سهمان هكذا اخرجها محمد رحمه الله فى الاصل ومشايخنا رحمهم الله خرجوها من نصف ما خرجها فى الكتاب من غير كسر وهو ثلاثة وثلاثون (وطريق) هذا التخريج ان أصل هذه الفريضة من أربعة وعشرين لحاجتك الى الثمن والثلثين والسدس فللمرأة الثمن ثلاثة أسهم وللبنتين الثلثان سته عشر وللام السدس أربعة أسهم وللعصبة سهم فالبنتان يستحقان السهمين وهو الثلثان والباقون يستحقون سهماً واحداً وهو الثلث فصار فى المعنى كان عدد الورثة ثلاثة لان سهامهم ثلاثة فاجعل كأن له ثلاثة بنين أوصى لرجل بمثل نصيب أحدهم وبثلث ما يبقى من الثلث ولو كان هكذا فالجواب سهل وهو أن تأخذ عدد البنين ثلاثة وتزيد عليها سهما لاجل الوصية الاولى وتضربها فى ثلاثة لاجل الوصية الثانية فتصير اثنى عشر ثم اطرح منها سهما لاجل الوصية الثانية فيصير ثلث المال احد عشر وثلثاه مثلاه وذلك اثنان وعشرون فتصير جملة المال ثلاثة وثلاثين والنصيب سهم واحد مضروب فى ثلاثة ثم فى ثلاثة فتصير تسعة ثم اطرح منها سهما فيبقى ثمانية فاعط لصاحب النصيب ثمانية واعط ثلث ما يبقى وذلك سهم واحد فتصير تسعة وبقى الى تمام الثلث سهمان ضمها الى الثلثين وهو اثنان وعشرون فتصير أربعة وعشرين للبنتين الثلثان لكل واحدة ثمانية مثل ما أعطيت لصاحب النصيب وللأم اربعة أسهم وللمرأة ثلاثة أسهم وللعصبة سهم فخرجت المسئلة من نصف ما خرج فى الكتاب ولو أوصى بمثل نصيب احدى البنتين الا ثلث ما يبقى من الثلث بعد النصيب فالفريضة من سمائة وأربعة وعشرين والنصيب مائة وستون وثلث الباقى ستة عشر وطريق التخريج ان تجعل كأن عدد الورثة ثلاثة زد عليها سهما لاجل الوصية فتصير أربعة ثم اضرب أربعة فى ثلاثة فتصير اثنى عشر ثم زد عليها سهما تصير ثلاثة عشر فاجعل هذا ثلث المال وثلثاه مثلاه فتصير تسعة وثلاثين والنصيب سهم فى ثلاثة ثم فى ثلاثة فذلك تسعة ثم زد عليها سهما فتصير عشرة ثم استثن منها سهما مثل ثلث ما يبقى وضمه الى ما بقى فتصير أربعة ثم ضم الاربعة الى ثلثى المال فتصير ثلاثين لكل بنت عشرة مثل ما أعطيت قبل الاستثناء وللام السدس خمسة بقى خمسة

بين المرأة والعصبة أرباعا لان حق المرأة فى ثلاثة أسهم وحق العصبة فى سهم فيكون حقها ثلاثة أضعاف حق العصبة فان رضيت بالكسر فاجعل الخمسة الباقية بينهما أرباعا وان لم ترض فاضرب أصل الحساب فى أربعة فتكون مائة وستة وخمسين منها تخرج السهام على الصحة وهو ربع ماخرجه محمد فى الكتاب ولو أوصى بمثل نصيب المرأة وبثلث مابيقى من الثلث فالفريضة من مائتين وأربعة وثلاثين والنصيب أربعة وعشرون وثلث الباقى ثمانية عشر وطريقه ان تجعل كان عدد الورثة ثمانية لان السهام ثمانية فكأنه أوصى بمثل نصيب أحدهم فزد عليه سهما فتصير تسعة ثم اضربها فى ثلاثة فتصير سبعة وعشرين ثم اطرح منها سهما فيبقى ستة وعشرون فهذا ثلث المال وجميع المال ثمانية وسبعون والنصيب سهم مضروب فى ثلاثة ثم فى ثلاثة فتصير تسعة ثم اطرح منها سهما فيبقى ثمانية وثلث مابيقى ستة فيبقى اثنا عشر ضمها الى ثلثى المال وذلك اثنان وخمسون فتصير أربعة وستين للمرأة منها ثمانيسة وتبين انك أعطيت للموصى له بمثل نصيبها مثل نصيبها ثمانية فيبقى ستة وخمسون لا تستقيم بين الام والبنتين والعصبة لانه يجب أن يكون للبنتين ثلثا أربعة وستين وليس لها ثلث صحيح وللام سدسها وليس لها سدس صحيح أيضا غير ان بين مخرج السدس وحسابنا موافقة بنصف ونصف فاضرب أحدهما فى وفق الآخر وهو ثمانية وسبعون فى ثلاثة فيبلغ الحساب مائتين وأربعة وثين كما قال فى الكتاب فكل من كان له سهم فى الحساب الاول صار له ثلاثة فى الحساب الثانى كان حق الموصى له فى ثمانية فصار أربعة وعشرين وحق البنتين فى اثنين وأربعين وثلثى درهم فصار مائة وثمانية وعشرين وحق الام فى عشرة وثلثى درهم مضروب فى ثلاثة فيكون اثنين وثلاثين وحق العصبة فى درهمين وثلثى درهم مضروب فى ثلاثة فيكون ثمانية دراهم ولو كان لرجل خمس بنين فاوصى لاحدهم بكمال الربع بنصيبه ولآخر بثلث مابيقى من الثلث فاجاز وافالفريضة من اثنى عشر النصيب اثنان وتكملة الربع سهم واحد وثلث مابيقى من الثلث واحد لان الوصية للوارث صحيحة عند اجازة الورثة وتفاوت مابين نصيبه والربع سهم لانه لو لم يكن ههنا وصية لاجنبى لكان له الربع والباقى بين البنين الاربعة أرباعا فاحتجنا الى حساب له ربع ولباقيه ربع وأقله ستة عشر فيعطى له ربع المال أربعة والباقى بين البنين الاربعة اربا لكل ابن ثلاثة وله أربعة فتبين انه بهذه الوصية لا يستحق الا سهما فاذا أوصى لغيره بثلث مابيقى من الثلث نحذ حسابا له ثلث وربع وأقله اثنا عشر فثلثه أربعة وربعه ثلاثة فأعط للموصى له بكمال الربع سهمان وللآخر سهما لان ثلث مابيقى من الثلث بعد كمال الربع سهم بقى اثنان ضمهما الى ثلثى المال فتصير بين البنين الخمسة لكل ابن سهمان (فتبين) انا اذا أعطينا له ربع المال فنصيبه بنصيبه سهمان مثل ماأصاب هؤلاء والله سبحانه وتعالى أعلم (ومنها) التقدير بثلث المال اذا كان هناك وارث ولم يجز الزيادة فلا تجوز الزيادة على الثلث الا باجازة الوارث الذى هو من أهل الاجازة والاصل فى اعتبار هذا الشرط مارويناه من حديث سعد رضى الله عنه أنه قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم أوصى بجميع مالى فقال لا فقال فبثلثيه فقال لا فقال فبنصفه قال عليه الصلاة والسلام لا قال فبثلثه فقال عليه الصلاة والسلام الثلث والثلث كثير انك ان تدع ورثتك أغنياء خير لك من ان تدعهم عالة ان يتكففون الناس وقوله عليه الصلاة والسلام ان الله تبارك وتعالى تصدق عليكم بثلث أموالكم فى آخر أعماركم زيادة فى أعمالكم ولأن الوصية بالمال ايجاب الملك عند الموت وعند الموت حق الورثة متعلق بماله الا فى قدر الثلث فالوصية بالزيادة على الثلث تتضمن ابطال حقهم وذلك لا يجوز من غير اجازتهم وسواء كانت وصيته فى المرض أو فى الصحة لان الوصية ايجاب مضاف الى زمان الموت فيعتبر وقت الموت لا وقت وجود الكلام واعتبارها وقت الموت يوجب اعتبارها من الثلث لما ذكرنا انه وقت تعلق حق الورثة بالتركة اذ الموت لا يخلو عن مقدمة مرض وحقهم يتعلق بماله فى مرض موته الا فى القدر المستثنى وهو الثلث فرق بين الوصية وغيرها من التبرعات كالهبة والصدقة أن المعتبر هناك وقت العقد فان كان صحيحا تجوز فى جميع ماله وان كان مريضا لا تجوز الا فى الثلث لان الهبة والصدقة كل واحد منهما ايجاب الملك

للحال فيعتبر فيهما حال العقد فاذا كان صحيحا فلا حق لاحد فى ماله فيجوز من جميع المال واذا كان مريضا كان حق الورثة متعلقا بماله فلا يجوز الا فى قدر الثلث وكذا الاعتاق فى مرض الموت والبيع والمحاباة قدر ما لا يتغابن الناس فيه وابراء الغريم والعفو عن دم الخطأ يعتبر ذلك كله من الثلث كالهبة والصدقة لتعلق حق الورثة بمال المريض مرض الموت فيما وراء الثلث ويجوز العفو عن دم العمد ولا يعتبر فيه الثلث لان حق الورثة انما يتعلق بالمال والقصاص ليس بمال وكذا ان شاء الكفالة بالدين فى حال المرض وضمان الدرك لانه تبرع بالتزام الدين فيعتبر من الثلث كما تعتبر الهبة لانه يتهم فيه كما يتهم فى الهبة ولو أقر فى مرضه بكفالته بالدين حال صحته فحكم هذا الدين حكم دين المرض حتى لا يصدق فى حق غرماء الصحة ويكون المكفول له مع غرماء المرض سواء ولو كفل فى صحته واضاف ذلك الى ما يستقبل بان قال للمكفول له كفلت بما يذوب لك على فلان ثم وجب له على فلان دين فى حال مرض الكفيل فحكم هذا الدين وحكم دين الصحة سواء حتى يضرب المكفول له بجميع ما يضرب به غريم الصحة لان الكفالة وجدت فى حال الصحة وعن ابراهيم النخعى رحمه الله فيمن أوصى لام ولده فى حياته وصحته ثم مات انه ميراث ولو أوصى عند موته لها بوصية فهى لها من الثلث والاول محمول على ما اذا أعطاها شيأ فى حياته على وجه الهبة لان الهبة منها لا تتصور حقيقة لكونها تمليكا وهى ليست من أهل الملك لانها مملوكة والثانى يجرى على ظاهره لان الوصية بالمال ايجاب الملك عند الموت وهى عند الموت من أهل الملك لكونها حرة فكانت من أهل الوصية لها ولو أوصى بما زاد على الثلث ولا وارث له تجوز من جميع المال عندنا وعند الشافعى لا تجوز الا من الثلث والمسئلة ذكرناها فى كتاب الولاء وكذلك اذا كان له وارث وأجاز الزيادة على الثلث لان امتناع النفاذ فى الزيادة لحقه والا فالمنفذ للتصرف وهو الملك قائم فاذا أجاز فقد زال المانع ثم اذا جازت باجازته فالموصى له يملك الزيادة من قبل الموصى لا من قبل الوارث فالزيادة جوازها جواز وصيته من الموصى لا جواز عطية من الوارث وهذا قول أصحابنا رضى الله عنهم وقال الشافعى رحمه الله جوازها جواز هبة وعطية حتى يقف ثبوت الملك فيها على القبض عنده وعندنا لا يقف (وجه) قوله ان النفاذ لما وقف على اجازة الوارث فدل ان الاجازة هبة منه والدليل عليه ان الوارث لو أجاز الوصية فى مرض موته تعتبر اجازته من ثلثه فثبت ان التمليك منه (ولنا) ان الموصى بالوصية متصرف فى ملك نفسه والاصل فيه النفاذ لصدور التصرف من الاهل فى المحل وانما الامتناع لمانع وهو حق الوارث فاذا أجاز فقد أزال المانع وينفذ بالسبب السابق لا بازالة المانع لان ازالته شرط والحكم بعد وجود الشرط يضاف الى السبب لا الى الشرط ويتوقف ثبوته على السبب فى الحقيقة لا على الشرط لان الشروط كلها شروط الاسباب لا شروط الاحكام على ما عرف فى أصول الفقه وقد خرج الجواب عما ذكر (وأما) اجازته فى مرض موته فانما اعتبرت من ثلثه لا لكون الاجازة منه تمليكا وايجابا للملك لان الاجازة لا تنبئ عن التمليك بل هى ازالة المانع عن وقوع التصرف تمليكا باسقاط الحق عن مال التصرف وهو متبرع فى هذا الاسقاط فيعتبر تبرعه من الثلث كما يعتبر تبرعه بالتمليك بالهبة من الثلث فان أجاز بعض الورثة ورد بعضهم جازت الوصية بقدر حصة المجيز منهم وبطلت بقدر انصباء الرادين لان لكل واحد منهم ولاية الاجازة والرد فى قدر حصته فتصرف كل واحد منهم فى نصيبه صدر عن ولاية شرعية فينفذ ثم انما تعتبر اجازة من أجاز اذا كان المجيز من أهل الاجازة بان كان بالغا عاقلا فان كان مجنونا أو صبيا لا يعقل لا تعتبر اجازته فان كان عاقلا بالغا لكنه مريض مرض الموت جازت اجازته ثم ان كان الوارث واحدا كانت اجازته بمنزلة ابتداء الوصية حتى لو كان الموصى له وارثه لا تجوز اجازته الا ان تجيزها ورثة المريض بعد موته وان كان أجنبيا تجوز اجازته وتعتبر من الثلث ثم وقت الاجازة هو ما بعد موت الموصى ولا تعتبر الاجازة حال حياته حتى انهم لو أجازوا فى حياته لهم أن يرجعوا عن ذلك بعد موته وهذا قول عامة العلماء رضى الله عنهم وقال ابن أبى ليلى رحمه الله تجوز اجازتهم بعد موته وحال حياته واذا أجازوا فى حياته فليس لهم ان يرجعوا بعد موته ولا خلاف فى انهم اذا أجازوا بعد موته ليس لهم ان

يرجعوا بعد ذلك (وجه) قول ابن أبي ليلى ان اجازتهم في حال الحياة صادفت محلها لان حقهم يتعلق بماله في مرض موته الا انه لا يظهر كون هذا المرض مرض الموت الا بالموت فاذا اتصل به الموت تبين انه كان مرض الموت فتبين ان حقهم كان متعلقا بماله فتبين انهم اسقطوا حقهم بالاجازة فجازت اجازتهم (ولنا) ان حقهم انما يثبت عند الموت لانه انما يعلم بكون المرض مرض الموت عند الموت فاذا مات الآن علم كونه مرض الموت فيثبت حقهم الآن الا انه اذا ثبت حقهم عند الموت استند الحق الثابت الى اول المرض والاستناد انما يظهر في القائم لا في الماضي واجازتهم قد مضت لغوا ضائعا لانعدام الحق حال وجودها فلا تلحقها الاجازة والدليل على ان حق الورثة لا يثبت في حال المرض بطريق الظهور المحض ان المريض يحل له أن يطأ جاريته ولو ثبت الملك عند الموت بطريق الظهور المحض لتبين انه وطئ ملك غيره فتبين انه كان حراما وليس كذلك بالاجماع على ان في اثبات الحق في المرض على طريق الظهور المحض ابطال الحقيقة عند الموت فلا يجوز اعتبار الحق للحال لابطال الحقيقة عند الموت فكان اعتباره من طريق الاستناد فيظهر في القائم لا في الماضي ولو أوصى بألف درهم من مال رجل أو عبد او شئ آخر له فأجازه ذلك الرجل قبل موته او بعد موته فله ان يرجع عنه ما لم يدفعه الى الموصى له فاذا دفعه اليه جاز لان جوازه ليس بجواز وصيته اذ لا ولاية على مال الغير وانما جوازه جواز هبة من صاحب المال فلم تكن اجازته اجازة اسقاط حق بل هو عقد هبة منه لان تصرف الموصى صادف ملك غيره فوقف على اجازته فاذا اجازه الغير فوقع هبة من جهته لا وصية من الموصى كانه وهبه ابتداء فان سلم جازت الهبة والا فلا بخلاف الوصية بما زاد على الثلث اذا اجازها الورثة انها تجوز ولا يشترط فيها التسليم الى الموصى له لان التصرف هناك وقع وصية لمصادفته ملك نفسه فلا يفتقر الى التسليم وانما يفتقر الى الاجازة فاذا وجدت الاجازة جازت الوصية ونفذت وسواء كان الموصى به جزأ مسمى كالثلث والنصف او كان جميع المال او كان عينا مشارا اليها بان اوصى بعبده او بثوبه انه يعتبر في ذلك كله الثلث فان كان يخرج من ثلث جميع ماله فهو له وان كان لا يخرج فله منه قدر ما يخرج وان لم يكن له مال آخر فله ثلثه والثلثان للورثة وسواء كانت الوصية واحدة أو اجتمعت الوصايا انه ينفذ الكل من الثلث ان امكن تنفيذ الكل منه وان لم يمكن وضاق الثلث عن الكل يتضارب فيه ويقدم البعض على البعض عند وجود سبب التقدم وبيان هذه الجملة ان الوصايا اذا اجتمعت فالثلث لا يخلو اما ان كان يسع كل الوصايا واما ان لا يسع الكل فان كان يسع الكل تنفذ الوصية من الثلث في الكل لان الوصية تعلقت بالكل وأمكن تنفيذها في الكل فتنفذ سواء كانت الوصايا لله تبارك وتعالى كالوصية بالقرب من الوصية بالحج الفرض والزكاة والصوم والصلاة والكفارات والنذور وصدقة الفطر والاضحية وحج التطوع وصوم التطوع وبناء المساجد واعتاق النسمة وذبح البدنة ونحو ذلك او كانت للعباد كالوصية لزيد وعمرو وبكر وخالد وكذلك لو كان الثلث لا يسع الكل لكن الورثة أجازت (فأما) اذا كان الثلث لا يسع ولم تجز الورثة فالوصايا لا تخلو (اما) ان كانت كلها لله تعالى عز وجل وهي الوصية بالقرب أو كان بعضها لله تعالى والبعض للعباد فان كان الكل لله تعالى فلا يخلو (اما) ان كان الكل فرائض أو واجبات أو نوافل أو اجتمع في الوصايا من كل جنس من الفرائض والواجبات والتطوعات فان كان الكل فرائض متساوية يبدأ بما قدمه الموصى لان عند تساويها لا يمكن الترجيح بالذات فيرجح بالبداية لان البداية دليل اهتمامه بما بدأ به لان الانسان يبدأ بالاهم فالاهم عادة واختلفت الرواية عن أبي يوسف في الحج والزكاة روى عنه انه يبدأ بالحج وان أخره الموصى في الذكر وروى عنه انه يبدأ بالزكاة وهو قول محمد (وجه) الرواية الاولى ان الحج عبادة بدنية والزكاة عبادة مالية والعبادة البدنية أولى لان النفس أنفس وأعز من المال فكان تقربا الى الله تبارك وتعالى بأعز الاشياء وانفسها عنده فكان أقوى فكانت البداية به أولى على ان الحج عبادة بدنية لها تعلق بالمال والزكاة عبادة مالية لا تعلق لها بالبدن فكان الحج أقوى فكان أولى بالتقدم (وجه) الرواية الاخرى أن الحج تمحض حقا لله تعالى والزكاة يتعلق بها حق العبد فيتقدم لحاجة العبد وغنا الله عز وجل وقالوا في الحج والزكاة انهما

يقدمان على الكفارات لانهما واجبان بايجاب الله ابتداء من غير تعلق وجوبهما بسبب من جهة العبد والكفارات يتعلق وجوبها بأسباب توجد من العبد من القتل والظهار واليمين والواجب ابتداء أقوى فيقدم والكفارات متقدمة على صدقة الفطر لان صدقة الفطر واجبة والكفارات فرائض والفرض مقدم على الواجب ولان هذه الكفارات منصوص عليها فى الكتاب العزيز ولا نص فى الكتاب على صدقة الفطر وانما عرفت بالسنة المطهرة فكان المنصوص عليه فى الكتاب العزيز أقوى فكان أولى وصدقة الفطر مقدمة على الاضحية وان كانت الاضحية أيضاً واجبة عندنا لكن صدقة الفطر متفق على وجوبها والاضحية وجوبها محل الاجتهاد فالمتفق على الوجوب أقوى فكان بالبداية أولى وكذا صدقة الفطر مقدمة على كفارة الفطر فى رمضان لان وجوب تلك الكفارة ثبت بخبر الواحد وصدقة الفطر ثبت وجوبها باخبار مشهورة والثابت بالخبر المشهور أقوى فيقدم وقالوا ان صدقة الفطر تقدم على المنذور به لانها وجبت بايجاب الله تبارك وتعالى ابتداء والمنذور به وجب بايجاب العبد وقد تعلق وجوبه أيضاً بسبب مباشرة العبد فتقدم الصدقة والاشكال عليه ان صدقة الفطر من الواجبات لا من الفرائض لان وجوبها ثبت بدليل مقطوع به بل بدليل فيه شبهة العدم ولهذا لا يكفر جاحده والوفاء بالمنذور به فرض لانه وجوبه ثبت بدليل مقطوع به وهو النص المفسر من الكتاب العزيز قال الله تبارك وتعالى وليوفوا نذورهم والفرض مقدم على الواجب ولهذا يكفر جاحد وجوب الوفاء بالنذر وفى كتاب الله عز وجل دليل عليه وهو قوله سبحانه وتعالى ومنهم من عاهد الله لان آتانا من فضله لنصدقن ولنكونن من الصالحين فلما آتاهم من فضله بخلوا به وتولوا وهم معرضون فاعقبهم نفاقا فى قلوبهم الى يوم يلقونه بما أخلفوا الله ما وعدوه وبما كانوا يكذبون والمنذور به مقدم على الاضحية لانه واجب الوفاء بيقين وفى وجوب الاضحية شبهة العدم لكونه محل الاجتهاد والاضحية تقدم على النوافل لانها واجبة عند أبى حنيفة رضى الله عنه وسنة مؤكدة عندهما والشافعى رحمه الله والواجب والسنة المؤكدة أولى من النافلة فالظاهر من حال الموصى انه قصد تقديمها على النافلة تحسينا للظن بالمسلم الا انه تركه سهوا فيقدم بدلالة حالة التقديم وان أخره بالذكر على سبيل السهو هذا الذى ذكرنا اذا لم يكن فى الوصايا بالقرب اعتاق منجز وهو الاعتاق فى مرض الموت أو اعتاق معلق بالموت وهو التدبير فان كان تقدم ذلك لان الاعتاق المنجز والمعلق بالموت لا يحتمل الفسخ فكان أقوى فيقدم (وأما) الوصية بالاعتاق فان كان اعتاقا واجباً فى كفارة فحكمه حكم الكفارات وقد ذكرنا ذلك وان لم يكن واجبا فحكمه حكم سائر الوصايا المتنفل بها من الصدقة على الفقراء وبناء المساجد وحج التطوع ونحو ذلك لان الوصية بالاعتاق يلحقها الفسخ كما يلحق سائر الوصايا فكانت الوصية بالاعتاق غير واجبة مثل سائر الوصايا فلا تقدم بخلاف الاعتاق المنجز فى المرض والمعلق بالموت لانه لا يلحقهما الفسخ فكان أقوى فيقدم على سائر الوصايا وان كانت الوصايا بعضها لله سبحانه وتعالى وبعضها للعباد فان أوصى لقوم باعيانهم يتضاربون بوصاياهم فى الثلث ثم ما أصاب العباد فهو لهم لا يقدم بعضهم على بعض لما بينا وما كان لله تبارك وتعالى يجمع ذلك فيبدأ منها بالفرائض ثم بالواجبات ثم بالنوافل وان كان مع الوصايا لله تبارك وتعالى وصية لواحد معين من العباد فانه يضرب بما أوصى له به مع الوصايا بالقرب ويجعل كل جهة من جهات القرب مفردة بالضرب فان قال ثلث مالى فى الحج والزكاة والكفارات ولزيد فان الثلث يقسم على أربعة أسهم سهم للموصى له وسهم للحج وسهم للزكاة وسهم للكفارات لان كل جهة من هذه الجهات غير الاخرى فتفرد كل جهة بسهم كما لو أوصى بثلث ماله لقوم معينين فان قيل جهات القرب وان اختلفت فالمقصود منها كلها واحد وهو طلب مرضات الله تبارك وتعالى وابتغاء وجهه الكريم فينبغى ان يضرب للموصى له بسهم والقرب بسهم فالجواب ان المقصود من الكل وان كان واحداً وهو ابتغاء وجه الله عز وجل وطلب مرضاته لكن الجهة منصوص عليها فيجب اعتبارها كما لو أوصى بثلث ماله للفقراء والمساكين وابناء السبيل ان كل واحد منهم يضرب بسهمه وان

كان المقصود من الكل التقرب الى الله سبحانه وتعالى لكن لما كانت الجهة منصوصاً عليها اعتبر المنصوص عليه كذا ههنا هذا اذ كانت الوصايا كلها لله تبارك وتعالى أو بعضها لله تبارك وتعالى و بعضها للعباد (فاما) اذا كانت كلها للعباد فانها لا تخلو من أحد وجهين (اما) ان كانت كلها فى الثلث لم يجاوز واحدة منها قدر الثلث (وأما) ان جاوزت فان لم تجاوز بان أوصى لانسان بثلث ماله ولآخر بالربع ولآخر بالسدس فانهم يتضاربون فى الثلث بقدر حقوقهم فيضرب صاحب الثلث بثلث الثلث وصاحب الربع بربع الثلث وصاحب السدس بسدس الثلث فيضرب كل واحد منهم بقدر فريضته من الثلث فلا يقدم بعضهم على بعض الا اذا كان مع هذه الوصايا أحد الاشياء الثلاثة الاعتاق المنجز فى المرض أو المعلق بالموت فى المرض أو فى الصحة وهو التدبير أو البيع بالمحاباة بما لا يتغابن الناس فيه فى المرض فيقدم هو على سائر الوصايا التى هى للعباد كما يقدم على الوصايا بالقرب فيبدأ بذلك قبل كل وصية ثم يتضارب أهل الوصايا فيما يبقى من الثلث و يكون بينهم على قدر وصاياهم وانما قلنا انه لا يقدم البعض على البعض فى غير المواضع المستثناة لان تقديم البعض على البعض يستدعى وجود المرجح ولم يوجد لان الوصايا كلها استوت فى سبب الاستحقاق لان سبب استحقاق كل واحد منهم مثل سبب صاحبه والاستواء فى السبب يوجب الاستواء فى الحكم ولا استواء فى سبب الاستحقاق فى مواضع الاستثناء لان الاعتاق المنجز والمعلق بالموت لا يحتمل الفسخ والمحاباة تستحق بعقد ضمان وهو البيع اذ هو عقد معاوضة فكان البيع مضموناً بالثمن والوصية تبرع فكانت المحاباة المتعلقة بعقد الضمان أقوى فكانت أولى بالتقديم وان اجتمع العتق والمحاباة وضاق الثلث عنهما فقد قال أبو حنيفة رحمه الله ان كانت المحاباة قبل العتق يبدأ بالمحاباة والا استويا هكذا روى المعلى عن أبى يوسف عن أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد يبدأ بالعتق تقدم أو تأخر (وجه) قولهما ان العتق أقوى من المحاباة لانه لا يحتمل الفسخ والمحاباة تحتمل وفى باب الوصايا يقدم الاقوى فالاقوى اذا كان الثلث لا يسع الكل ولهذا قدم العتق على سائر الوصايا وبه تبين أنه لا عبرة بالتقديم فى الذكر فانه يقدم على سائر الوصايا وان كانت مقدمة فى الذكر على العتق على ان التقدم فى الذكر يعتبر ترجيح والترجيح انما يكون بعد الاستواء فى ركن العلة ولا استواء ههنا لما بينا فبطل الترجيح ولابى حنيفة رحمه الله ان المحاباة أقوى من العتق لانها تستحق بعقد ضمان على ما بينا والعتق تبرع محض فلا يزاحمها وكان ينبغى أن يقدم على العتق تقدمت فى الذكر أو تأخرت الا أن مزاحمة العتق اياها حالة التأخير ثبت لضرورة التعارض حالة التقدم على ما نذكره (وأما) قولهما ان الاعتاق لا يحتمل الفسخ فبعض المشايخ قالوا ان كل واحد منهما لا يحتمل الفسخ من جهة الموصى فان من باع ماله بالمحاباة فى مرض موته لا يملك فسخه كما لو أعتق عبده فى مرض موته أنه لا يملك فسخه فاستويا فى عدم احتمال الفسخ من جهة الموصى وهو المعتق والبائع فاذا كانت البداية بالمحاباة ترجحت بالبداية لكون البداية بها دليل الاهتمام ولا يمكن ترجيح العتق عند البداية به لان تعلق المحاباة بعقد الضمان يقتضى ترجيحها على العتق الذى هو تبرع محض فتعارض الوجهان فسقطا والتحقا بالعدم فبقى أصل التعارض بلا ترجيح فتقع المزاحمة بين المحاباة والعتق فيقسم الثلث بينهما وهذا الجواب ضعيف لان البيع بالمحاباة تصرف يحتمل الفسخ فى نفسه فى الجملة فيفسخ بخيار العيب والرؤية والشرط والاقالة اذ هى فسخ فى حق المتعاقدين عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله فكانت المحاباة محتملة للفسخ فى الجملة والعتق لا يحتمله رأساً فكان أقوى من المحاباة فيجب ان يقدم عليها كما هو مذهبهما (ومنهم) من قال ان عدم احتمال العتق للفسخ ان كان يقتضى ترجيحه على المحاباة كما ذكرنا من تعلق المحاباة بعقد الضمان يقتضى ترجيحها على العتق فوقع التعارض فترجح المحاباة بالبداية واذا لم يبدأ بها فلم يوجد الترجيح فبقيت المعارضة فثبتت المزاحمة وهذا أيضا ضعيف لانه لو كان كذلك للزم تقديم العتق على المحاباة اذا بدأ بالعتق لوجود المرجح للعتق عند وقوع التعارض ولا يقدم غيره بل يقسم الثلث بينهما (ومنهم) من قال تعلق المحاباة بعقد الضمان من حيث استحقاقها به أقوى فى الدلالة من العتق من

حيث عدم احتمال الفسخ بدليل أن الدين مقدم على الاعتاق حتى لو أعتق عبداً مستغرقا بالدين لا ينفذ وان كان الاعتاق لا يحتمل الفسخ والمعارضة محتملة للفسخ لكونها عقد ضمان فلا يعارضها العتق الا عند البداية وعلى الجملة تقرير مذهب أبي حنيفة رضي الله عنه في هذه المسألة بالاضافة الى عقولنا مشكل والله سبحانه وتعالى أعلم وفرع أبو حنيفة رضي الله عنه على هذا فقال اذا أعتق ثم حابى ثم أعتق يقسم الثلث بين العتق الاول وبين المحاباة نصفين ثم ما أصاب العتق الاول يقسم بينه وبين العتق الثاني لاستوائهما في القوة ولو حابى ثم أعتق ثم حابى يقسم الثلث بين المحابتين نصفين ثم ما أصاب المحاباة الاخيرة يقسم بينهما وبين العتق نصفين كما اذا أعتق ثم حابى والله سبحانه وتعالى أعلم هذا اذا كان مع الوصايا للعباد عتق أو محاباة فان لم يكن يضرب كل واحد منهما بقدر حقه من الثلث حتى لو أوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بالسدس ولم تجز الورثة يقسم الثلث بينهما أثلاثا سهمان لصاحب الثلث وسهم لصاحب السدس أصل المسألة من ستة ثلث المال ثلاثة وثلثاه مثلاه وذلك ستة فجملة المال تسعة ثلثه وذلك ثلاثة للموصى لهما بالثلث والسدس بينهما أثلاثا وثلثاه وذلك ستة للورثة فاستقام الثلث والثلثان وان أجازت الورثة فللموصى له بالثلث سهمان وللموصى له بالسدس سهم والباقي وهو ثلاثة من ستة للورثة على فرائض الله تبارك وتعالى ولو أوصى لرجل بالثلث ولآخر بالربع ولم تجز الورثة فالثلث بينهما على سبعة أسهم لصاحب الثلث أربعة ولصاحب الربع ثلاثة أصل المسئلة من اثني عشر للموصى له بالثلث ثلثها وذلك أربعة عشر فيكون كل المال احدا وعشرين الثلث من ذلك سبعة للموصى له بالثلث والثلثان وهو أربعة عشر للورثة وان أجازت الورثة فللموصى له بالثلث ما أوصى له وهو أربعة وللموصى له بالربع ما أوصى له وهو ثلاثة والباقي وهو خمسة من اثني عشر للورثة على فرائض الله تعالى ولو أوصى لرجل بالثلث ولآخر بالربع ولآخر بالسدس فثلث المال تسعة أصل المسئلة من اثني عشر لصاحب الثلث أربعة ولصاحب الربع ثلاثة ولصاحب السدس سهمان وذلك تسعة وثلثا المال مثلاه وذلك ثمانية عشر فيكون جملته سبعة وعشرين سهام الوصية منها تسعة ثلاثة وأربعة وسهمان وثمانية عشر سهام الورثة هذا اذا لم يكن في الوصايا ما يزيد على الثلث فان كان بان أوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بالنصف فان أجازت الورثة فلكل واحد ما أوصى له به فالثلث للموصى له بالثلث والنصف للموصى له بالنصف أصل المسئلة من ستة للموصى له بالثلث سهمان وللموصى له بالنصف ثلاثة وذلك خمسة والباقي للورثة وان لم تجز الورثة فالثلث بينهما نصفين في قول أبي حنيفة لكل واحد منهما سهم من ستة وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله على خمسة لصاحب النصف ثلاثة ولصاحب النصف الثلث سهمان وان أوصى لرجل بربع ماله ولآخر بنصف ماله فان أجازت الورثة فلكل واحد منهما ما أوصى له به فالربع للموصى له بالربع والنصف للموصى له بالنصف والربع الباقي بين الورثة على فرائض الله تعالى لان المانع من الزيادة على الثلث حق الورثة وقد زال باجازتهم وان ردوا فلا خلاف في أن الوصية بالزيادة على الثلث لم ينفذ وان نفذت في الثلث لا غير وانما الخلاف في كيفية قسمة الثلث بينهما فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى يقسم الثلث بينهما على سبعة أسهم للموصى له بالنصف أربعة وللموصى له بالربع ثلاثة وعند أبي يوسف ومحمد على ثلاثة سهمان للموصى له بالربع لان الموصى له بالنصف لا يضرب الا بالثلث عنده والموصى له بالربع يضرب بالربع فيحتاج الى حساب له ثلث وربع وأقله اثنا عشر ثلثها أربعة وربعها ثلاثة فتجعل وصيتها على سبعة وذلك ثلث الميراث وثلثاه مثلاه وذلك أربعة عشر وجميع المال احد وعشرون سبعة منها للموصى لهما أربعة للموصى له بالنصف وثلاثة للموصى له بالربع وعند أبي يوسف ومحمد يقسم الثلث بينهما على ثلاثة أسهم لان الموصى له بالنصف يضرب بجميع وصيته عندهما والموصى له بالربع يضرب بالربع والربع مثل نصف النصف فيجعل كل ربع سهما فالنصف يكون سهمين والربع سهما فيكون ثلاثة فيصير الثلث بينهما على ثلاثة أسهم سهمان للموصى له بالنصف وسهم للموصى له بالربع وهذا بناء على أصل وهو ان الموصى له بأكثر من الثلث لا يضرب في الثلث بأكثر من الثلث من غير اجازة الورثة عند أبي حنيفة رحمه الله

تعالى

تعالى الا فى خمس مواضع فى العتق فى المرض وفى الوصية بالعتق فى المرض وفى المحاباة فى المرض وفى الوصية بالمحاباة وفى الوصية بالدراهم المرسلة فانه يضرب فى هذه المواضع بجميع وصية من غير اجازة الورثة وصورة ذلك فى الوصية بالعتق اذا كان له عبدان لا مال له غيرهما أوصى بعتقهما وقيمة أحدهما الف وقيمة الآخر الفان ولم تجز الورثة عتقا من الثلث وثلث ماله الف درهم فالالف بينهما على قدر وصيتهما ثلثا الالف للذى قيمته الفان فيعتق ثلثه ويسعى فى الثلثين للورثة والثلث للذى قيمته الف فيعتق ثلثه ويسعى فى الثلثين للورثة فان أجازت الورثة عتقا جميعاً وصورة ذلك فى المحاباة اذا كان له عبدان أوصى بأن يباع أحدهما من فلان والآخر من فلان آخر بيعا بالمحاباة وقيمة أحدهما مثلا الف ومائة وقيمة الآخر ستمائة فأوصى بأن يباع الاول من فلان بمائة والآخر من فلان آخر بمائة فههنا حصلت المحاباة لاحدهما بألف وللآخر بخمسمائة وذلك كله وصية لانها حصلت فى حالة المرض فان خرج ذلك من الثلث أو أجازت الورثة جاز وان لم يخرج من الثلث ولا أجازت الورثة جازت محاباتهما بقدر الثلث وذلك يكون بينهما على قدر وصيتهما يضرب أحدهما فيها بألف والآخر بخمسمائة وصورة ذلك فى الدراهم المرسلة اذا أوصى لانسان بألف وللآخر بالدين وثلث ماله ألف فالثلث يكون بينهما أثلاثا كل واحد منهما يضرب بجميع وصيته ولا خلاف أيضا فى الوصية بأقل من الثلث كالربع والسدس ونحو ذلك ان الموصى له يضرب بجميع وصيته (وجه) قولهما أن الوصية وقعت باسم الزيادة على الثلث من النصف ونحوه فيجب اعتبارها ما أمكن الا أنه تعذر اعتبارها فى حق الاستحقاق لما فيه من ابطال حق الورثة وانه اضرار بهم فوجب اعتبارها فى حق الضرب وانه يمكن اذ لا ضرر فيه على الورثة ولهذا اعتبرت التسمية فى حق الضرب فيما ذكرنا من المسائل ولابى حنيفة رحمه الله ان الوصية بالزيادة على الثلث عند رد الورثة وصية باطلة من كل وجه بيقين والضرب بالوصية الباطلة من كل وجه بيقين باطل وانما قلنا ان الوصية بالزيادة وصية باطلة لأنها فى قدر الزيادة صادفت حق الورثة الا أنها وقفت على الاجازة والرد فاذا ردوا تبين انها وقعت باطلة وقوله من كل وجه يعنى به استحقاقا وتسمية وهى تسمية النصف فالكل فلم تقع الوصية صحيحة فى مخرجها وقولنا بيقين لانها لا يحتمل النفاذ لحال ألا يرى انه لو ظهر للميت مال آخر لنفذت هذه الوصية وهى الوصية بالزيادة على الثلث بخلاف المواضع الخمس فان هنالك ما وقعت باطلة بيقين بل تحتمل التنفيذ فى الجملة بأن يظهر مال آخر للميت يخرج هذا القدر من الثلث فيتبين ان الوصية ما وقعت بالزيادة على الثلث فلم يقع باطلة بيقين وههنا بخلافه لانه وان ظهر له مال آخر يدخل ذلك المال فى الوصية ولا يخرج من الثلث وهذا القدر يشكل بالوصية بيقين فان زادت قيمته على الثلث بأن أوصى بثلث عبد لرجل وبثلثيه لآخر ولا مال له سواه فردت الورثة ان صاحب الثلثين لا يضرب بالثلث الزائد عندنا وان لم تكن الوصية باطلة بيقين لجواز أن يظهر له مال آخر فتنفذ تلك الوصية فينتفى أن يضرب الموصى له بالثلثين بالثلث الزائد ومع هذا لا يضرب عندنا فأشكل القدر وبخلاف الوصية بالاقل من الثلث لان الوصية هناك وقعت صحيحة فى مخرجها من حيث التسمية لان التسمية وقعت بالربع والسدس وكل ذلك مخارج الوصية بالتسمية صادفت محل الوصية وانما يظهر الفرق عند اجتماع الوصيتين فاذا ردت الورثة فالرد ورد عليهما جميعا فيقسم بينهما على قدر نصيبهما ولو أوصى لرجل بجميع ماله ثم أوصى لآخر بثلث ماله فأجازت الورثة الوصيتين جميعاً فقد روى أبو يوسف ومحمد عن أبى حنيفة رحمه الله انه قال الموصى له بالجميع يأخذ الثلثين خاصة ويكون الباقى بين صاحب الجميع وبين صاحب الثلث وقال حسن بن زياد ليس هذا قول أبى حنيفة أن للموصى له ربع المال وللموصى له بالجميع ثلاثة أرباعه وذكر الكرخى رحمه الله انه ليس فى هذه المسئلة نص رواية عن أبى حنيفة رحمه الله وانما اختلفوا فى قياس قوله والصحيح ان قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى فيها ما روى عنه أبو يوسف ومحمد رحمهما الله لانه قسمة على اعتبار المنازعة وما ذكر حسن رحمه الله تعالى اعتبار العول والمضاربة والقسمة على اعتبار العول والمضاربة من أصولهما لا من أصله فان من أصله اعتبار المنازعة فى القسمة (ووجهه) ههنا ان ما زاد على

الثلث يعطى كله للموصى له بجميع المال لانه لا ينازعه فيه أحد وأما قدر الثلث فينازعه فيه الموصى له بالثلث فاستوت منازعتهما فيه اذلا ترجيح لاحدهما على الآخر فيقسم بينهما نصفين فيكون أصل مسألة الحساب من ثلاثة لحاجتنا الى الثلث الثلثان للموصى له بالجميع بلا منازعة والثلث بينهما نصفان الا أنه ينكسر الحساب فيضرب اثنين فى ثلاثة فيصير ستة فيسلم ثلثاها للموصى له بالجميع بلا منازعة وثلثها وهو سهمان ينازعه فيه الموصى له بالثلث فيقسم بينهما فحصل للموصى له بالجميع خمسة وللموصى له بالثلث سهم وأما القسمة على طريق العول والمضاربة عندهما ههنا ان كل واحد منهما يضرب بجميع وصيته فالموصى له بالثلث يضرب بالثلث وهو سهم والموصى له بالجميع يضرب بكل المال وهو ثلاثة أسهم فيجعل المال على أربعة أسهم لصاحب الثلث سهم ولصاحب الجميع ثلاثة هذا اذا أجازت الورثة فان ردت الورثة جازت الوصية من الثلث ثم الثلث يكون بينهما نصفين فى قول أبى حنيفة رحمه الله لان الموصى له بأكثر من الثلث لا يضرب الا بالثلث اذا لم تجز الورثة عنده وعندهما يضرب كل واحد منهما بجميع وصيته ارباعا على ما بينا والله تعالى الموفق هذا اذا اجتمعت الوصايا فيما سوى العين فان اجتمعت الوصايا فى العين فان اجتمعت فى عين مشار اليها بان أوصى بعين واحدة لاثنين أو أكثر أو أوصى لكل واحد بجميع العين فقد قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى تقسم العين بين أصحاب الوصايا على عددهم فيضرب كل واحد منهم بالقدر الذى حصل له بالقسمة ولا يضرب بجميع تلك العين وان وقعت القسمة بجميع العين وذلك نحو أن يقول أوصيت بعبدى هذا لفلان ثم قال وقد أوصيت بعبدى هذا لفلان آخر والعبد يخرج من ثلث ماله فان العبد يقسم بينهما نصفين على عددهما وهما اثنان فيضرب كل واحد منهما بنصف العبد ولا يضرب بأكثر من ذلك وكذلك ان أوصى به لثلاثة أو لاربعة وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يضرب كل واحد منهما بجميع وصيته و يتفق الجواب فى تقديم ما يستحق كل واحد منهما من العبد فى هذه الصورة لكن بناء على أصلين مختلفين وانما يظهر ثمرة اختلاف الاصلين فيما اذا انضمت الى الوصية لهما وصية لثالث بأن كان له عبد والف درهم سوى ذلك فاوصى بالعبد لانسان ثم أوصى به لآخر وأوصى لرجل آخر بالف درهم فعند أبى حنيفة رحمه الله يضرب كل واحد من الموصى له بالعبد بنصف العبد وهذا بنصفه وهذا بنصفه و يضرب الموصى له بالف درهم بالف فيقتسمون بالثلث ارباعا وعند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله يضرب كل واحد من الموصى لهما بالعبد بجميع العبد والموصى له بالف يضرب بالف فيقتسمون الثلث اثلاثا بناء على الاصل الذى ذكرنا فيما تقدم أن الموصى له بأكثر من الثلث لا يضرب بأكثر من الثلث عنده وعندهما يضرب بجميع وصيته فهما يقولان لان التسمية وقعت لجميع العين الا انها لا تظهر فى حق الاستحقاق فتظهر فى حق الضرب كما فى أصحاب الديون وأصحاب العول وأبو حنيفة رحمه الله يقول ان الموصى قد أبطل وصية كل واحد منهما فى نصف العين فله ولاية الابطال الا يرى ان له ان يرجع فيبطل استحقاق كل واحد منهما نصف العين فالضرب بالجميع يكون ضربا بوصية باطلة فكان باطلا بخلاف الغرماء فانه ليس لمن عليه الدين ولاية ابطال حقهم فيضرب كل واحد منهم بكل حقه و بخلاف أصحاب العول لانه لم يؤخذ من جهة الميت سبب يبطل شهادتهم فيضربون بجميع ما ثبت حقهم فيه ولو كان له عبد آخر قيمته الف درهم والف درهم فأوصى بعبد لرجل وأوصى لرجل آخر بثلث ماله فالثلث وهو قدر الف درهم يكون بينهما نصفين خمسمائة للموصى له بجميع العبد وخمسمائة للموصى له بالثلث غير ان ما أصابه الموصى له بالجميع يكون فى العبد وذلك خمسة اسداس العبد وما أصاب الموصى له بالثلث يكون بعضه فى العبد وهو سدس ما بقى من العبد وهو عشر العبد والبعض فى الدراهم وهو خمس الالفين فيضرب الموصى له بجميع العبد بخمسة اسداسه والموصى له بالثلث يضرب بسدس العبد و بخمس الالفين على أصل أبى حنيفة رحمه الله تعالى لانه اجتمع فى العبد وصيتان وصية بجميعه ووصية بثلثه لان الوصية بثلث المال تناولت العبد لكونه مالا فاجتمعت فى العبد وصيتان فسلم للموصى له بجميع العبد ثلثاه بلا منازعة والثلث ينازعه فيه الموصى له بالثلث فيكون على الحساب من ثلاثة لحاجتنا الى الثلث وأقل حساب يخرج

منه

منه الثلث ثلاثة قسمان خليا عن منازعة الموصى له بالثلث فسلم ذلك للموصى له بالجميع بلا منازعة بقى سهم استوت منازعتهما فيه فيكون بينهما فينكسر فنضرب اثنين فى ثلاثة فيكون ستة فثلثا الستة وهو أربعة سلم للموصى له بالجميع لانه لا ينازعه فيه أحد وثلثها وهو سهمان ينازعه فيه الموصى له بالثلث واستوت منازعتهما فيه فيقسم بينهما لكل واحد منهما سهم واذا صار العبد وقيمته الف على ستة يصير كل الف من الدراهم على ستة فصار الالفان على اثنى عشر للموصى له بالثلث منهما أربعة أسهم فصار له خمسة أسهم أربعة أسهم من الدراهم وسهم من العبد وللموصى له بالجميع خمسة أسهم كلها فى العبد لانه لا وصية له فى الدراهم فصارت وصيتهما جميعا عشرة اسهم فاجعل ثلث المال على عشرة أسهم فالثلثان عشرون سهما فالكل ثلاثون سهما والعبد ثلث المال لان قيمته الف درهم فصار العبد على عشرة أسهم والالفان على عشرين سهما فادفع وصيتهما من العبد فوصية الموصى له بالجميع خمسة وهو نصف العبد ووصية الموصى له بالثلث سهم وذلك خمس ما بقى من العبد وادفع وصية الموصى له بالثلث من الدراهم وذلك عشرون سهما أربعة أسهم وهو خمس الالفين على ما ذكر فى الاصل فبقى من العبد أربعة أسهم لا وصية فيها فيدفع الى الورثة فيكمل لهم الثلثان لان الموصى له بالثلث قد أخذ من الالفين أربعمائة وذلك أربعة أسهم وحصل للموصى له بالعبد خمسة اسهم من العبد وذلك نصفه وحصل للموصى له بالثلث أربعمائة من الدراهم وذلك خمسها لانا جعلنا الالفين على عشرين سهما وأربعة من عشرين خمسها وحصل له من العبد سهم وذلك خمس العبد وحصل للورثة عشرون سهما وهى الثلثان ستة عشر سهما وذلك اربعة اخماسها وأربعة أسهم من العبد وذلك خمساه هذا قول أبى حنيفة رحمه الله (وأما) على قولهما فيقسم على طريق العول والمضاربة فصاحب العبد يضرب بجميع ثلثه وصاحب الثلث يضرب بالثلث سهم فيحتاج الى حساب له ثلث وأقله ثلاثة فصاحب العبد يضرب بالجميع وذلك ثلاثة وصاحب الثلث يضرب بالثلث وذلك سهم فصار العبد على أربعة أسهم واذا صار العبد على أربعة أسهم مع العول صار كل ألف على ثلاثة بغير عول لانه لا حاجة الى العول فى الالف فصارت الالفان على ستة أسهم فللموصى له بالثلث ثلثها وذلك سهمان فتبين ان وصيتهما ستة أسهم وصية صاحب العبد ثلاثة كلها فى العبد ووصية صاحب الثلث ثلاثة أسهم سهمان فى الدراهم وسهم فى العبد فاجعل ذلك ثلث المال واجعل العبد ثلث المال واجعل العبد على ستة أسهم وادفع اليهما وصيتهما من العبد لصاحب العبد ثلاثة أسهم ولصاحب الثلث سهم بقى سهمان فاضلان لا وصية فيهما فادفع ذلك الى الورثة حتى يكمل لهم الثلثان لان صاحب الثلث قد أخذ سهمين من الدراهم وانتقص نصيب الورثة من الدراهم فيدفع سهمين من العبد اليهم حتى يكمل لهم الثلثان وقد جعل ثلث المال وهو العبد على ستة أسهم فالثلثان يكونان اثنى عشر فادفع وصية صاحب الثلث من ذلك سهمين ثم ضم السهمين من العبد الذى لا وصية فيهما الى عشرة أسهم حتى يكمل لهم الثلثان فحصل للورثة عشرة أسهم من الدراهم وسهمان من العبد وللموصى له بالعبد ثلاثة أسهم وذلك نصف العبد كله فى العبد وللموصى له بالثلث سهم فى العبد وذلك سدس العبد وسدس الالفين وهما سهمان من اثنى عشر والله تعالى أعلم ولو كان له عبدان قيمتهما واحدة لا مال له غيرهما فأوصى لرجل بأحدهما بعينه ولآخر بثلث ماله فان الثلث يقسم بينهما على سبعة أسهم وهذه المسئلة مبنية على مسئلتين احداهما ان الثلث يقسم بينهما على طريقة المنازعة فى قول ابى حنيفة رحمه الله تعالى وعندهما على طريق العول والثانية ان المذهب عند أبى حنيفة ان الموصى له بأكثر من الثلث لا يضرب الا بالثلث الا فى مواضع الاستثناء على ما بينا اذا عرفت هذا فنقول القسمة فى هذه المسألة على طريق المنازعة عند أبى حنيفة رحمه الله لانه اجتمع فى العبد وصيتان وصية بجميعه ووصية بثلثه والثلثان يسلمان لصاحب الجميع بلا منازعة لانه لا ينازعه فيه صاحب الثلث وذلك سهمان من ثلاثة والثلث وهو سهم استوت منازعتهما فيه فيقسم بينهما لكل واحد منهما نصف سهم فانكسر فنضرب اثنين فى ثلاثة فيصير ستة قلنا الستة تسلم لصاحب الجميع بلا منازعة وهو أربعة والثلث وهو سهمان استوت

منازعتهما فيه فيقسم بينهما لكل واحد منهما سهم فصار لصاحب الجميع خمسة أسهم ولصاحب الثلث سهم فلما صار هذا العبد على ستة أسهم صار العبد الآخر على ستة للموصى له بالثلث منهما سهمان فصار وصية صاحب الثلث ثلاثة أسهم سهمان فى العبد الذى لا وصية فيه وسهم فى العبد الذى فيه وصية ووصية صاحب العبد خمسة أسهم وذلك أكثر من ثلث المال لان جميع المال اثنا عشر فثلثها أربعة والمذهب عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى ان الموصى له بأكثر من الثلث لا يضرب له الا بالثلث فنطرح من وصيته سهما فتصير وصيته أربعة أسهم ووصية الآخر ثلاثة أسهم وذلك سبعة أسهم فاجعل هذا ثلث المال وثلثاه مثلاه وذلك أربعة عشر وجميع المال احد وعشرون وماله عبدان فتبين ان كل عبد على عشرة ونصف لان كل عبد مقدار نصف المال فيدفع من العبد الموصى به وصيتهما فيه و يدفع اليهما بوصية صاحب الجميع أربعة أسهم فى العبد فيدفع ذلك اليه ووصية صاحب العبد سهم واحد فى العبد فيدفع ذلك اليه فبقى من العبد خمسة أسهم ونصف فادفع ذلك الى الورثة فيقسم بينهم على فرائض الله تعالى و يؤخذ من العبد الذى لا وصية فيه سهمان و يدفع الى الموصى له بالثلث فيبقى من هذا العبد ثمانية ونصف يدفع الى الورثة فيقسم بينهم على فرائض الله تعالى فصارت كلها سبعة أسهم وهى ثلث المال فحصل للموصى له بالعبد منهما خمسة أسهم وللموصى له بالثلث سهمان وحصل للورثة من العبد الموصى به خمسة ونصف ومن العبد الذى لا وصية فيه ثمانية ونصف فذلك أربعة عشر وهى ثلثا المال فاستقام الحساب على الثلث والثلثين وأما على قول أبى يوسف ومحمد فيقسم على طريق العول فنقول اجتمع فى العبد وصيتان وصية بجميعه ووصية بثلثه ومخرج الثلث ثلاثة فصاحب الجميع يضرب بالجميع وذلك ثلاثة أسهم وصاحب الثلث يضرب بثلثه وهو سهم فصار العبد على أربعة اسهم وهو معنى العول فلما صار هذا العبد على اربعة بالعول يجعل العبد الآخر على ثلاثة بغير عول لانه لا حاجة الى العول فى ذلك العبد فسهم من ذلك العبد للموصى له بالثلث فصارت وصية صاحب الثلث سهمين سهم من العبد الذى فيه الوصية وسهم من العبد الذى لا وصية فيه ووصية صاحب العبد ثلاثة أسهم فذلك خمسة اسهم فاجعل هذا ثلث المال وثلثاه مثلاه وذلك عشرة والجميع خمسة عشر وماله عبدان فيصير كل عبد على سبعة ونصف فيدفع وصية صاحب العبد من العبد اليه وذلك ثلاثة ووصية صاحب الثلث اليه وذلك سهم يبقى من هذا العبد ثلاثة ونصف فيدفع ذلك الى الورثة و يدفع من العبد الآخر سهم الى الموصى له بالثلث يبقى ستة أسهم ونصف من العبد الذى فيه الوصية وستة أسهم ونصف من العبد الآخر فاستقامت القسمة على الثلث والثلثين والله تعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما صفة هذا العقد فله صفتان احداهما قبل الوجود والاخرى بعد الوجود أما التى هى قبل الوجود فهى ان الوصية بالفرائض والواجبات واجبة وبما وراءها جائزة ومندوب اليها ومستحبة فى بعض الاحوال وعند بعض الناس الكل واجب وقد بينا ذلك كله فى صدر الكتاب وأما التى هى بعد الوجود فهى ان هذا عقد غير لازم فى حق الموصى حتى يملك الرجوع عندنا ما دام حيا لان الموجود قبل موته مجرد ايجاب وانه محتمل الرجوع فى عقد المعاوضة فهى بالتبرع أولى كما فى الهبة والصدقة الا التدبير المطلق خاصة فانه لازم لا يحتمل الرجوع أصلا وان كان وصية لانه ايجاب يضاف الى الموت ولهذا يعتبر من الثلث لانه سبب لثبوت العتق والعتق لازم وكذا سببه لانه سبب حكم لازم وكذا التدبير المقيد لا يحتمل الرجوع نصا ولكنه يحتمله دلالة بالتمليك من غيره لان العتق فيه تعلق بموت موصوف بصفة وقد لا توجد تلك الصفة فلم يستحكم السبب ثم الرجوع قد يكون نصا وقد يكون دلالة وقد يكون ضرورة أما النص فهو أن يقول الموصى رجعت أما الدلالة فقد تكون فعلا وقد تكون قولا وهو أن يفعل فى الموصى به فعلا يستدل به على الرجوع أو يتكلم بكلام يستدل به على الرجوع و بيان هذه الجملة اذا فعل فى الموصى به فعلا لو فعله فى المغصوب لانقطع به ملك المالك كان رجوعا كما اذا أوصى بثوب ثم قطعه وخاطه قميصا أو قباء أو بقطن ثم غزله أو لم يغزله ثم نسجه أو بحديدة ثم صنع منها اناء أو سيفا أو سكينا أو بفضة ثم صاغ منها حليا ونحو ذلك لان هذه الافعال لما

اوجبت

أوجبت بطلان حكم ثابت في المحل وهو الملك فلأن توجب بطلان مجرد كلام من غير حكم أصلا أولى ثم وجه الدلالة
منها على التفصيل ان كل واحد منها تبديل العين وتصييرها شيأ آخر معنى واسما فكان استهلاكا لها من حيث المعنى
فكان دليل الرجوع فصار كالمشترى بشرط الخيار اذا فعل في المبيع فعلا يدل على ابطال الخيار يبطل خياره والاصل
في اعتبار الدلالة اشارة النبي صلى الله عليه وسلم بقوله للمخيرة ان وطئك زوجك فلا خيار لك ولو أوصى بقميص ثم
نقضه فجعله قباء فهو رجوع لان الخياطة في ثوب غير منقوض دليل الرجوع فمع النقض أولى وان نقضه ولم يخطه لم
يذكر في الكتاب واختلف المشايخ فيه والاشبه انه ليس برجوع لان العين بعد النقض قائمة تصلح لما كانت تصلح
له قبل النقض ولو باع الموصى به أو أعتقه أو أخرجه عن ملكه بوجه من الوجوه كان رجوعا لان هذه التصرفات وقعت
صحيحة لمصادفتها ملك نفسه فأوجبت زوال الملك فلو بقيت الوصية مع وجودها لتعينت في غير ملكه ولا سبيل اليه
ولو باع الموصى به ثم اشتراه أو وهبه وسلم ورجع في الهبة لا تعود الوصية لانها قد بطلت بالبيع والهبة مع التسليم لزوال
الملك والعائد ملك جديد غير موصى به فلا تصير موصى به الا بوصية جديدة ولو أوصى بعبد فغصبه رجل ثم رده
بعينه فالوصية على حالها لان الغصب ليس فعل الموصى والموصى به على حاله فبقيت الوصية الا اذا استهلكه الغاصب
أو هلك في يده فتبطل الوصية لبطلان محل الوصية وكذا لو أوصى بعبد ثم دبره أو كاتبه أو باع نفسه منه كان رجوعا لان
التدبير اعتاق من وجه أو مباشرة سبب لازم لا يحتمل الفسخ والنقض وكل ذلك دليل الرجوع والمكاتبة معاوضة الا
أن العوض متأخر الى وقت أداء البدل فكان دليل الرجوع كالبيع وبيع نفس العبد منه اعتاق فكان رجوعا ولو
أوصى بعبد لانسان ثم أوصى أن يباع من انسان آخر لم يكن رجوعا وكانت الوصية لهما جميعا لانه لا تنافي بين الوصيتين
لان كل واحدة منهما تمليك الا أن احداهما تمليك بغير بدل والاخرى تمليك ببدل فيكون العبد بينهما نصفه للموصى
له به ونصفه يباع للموصى له بالبيع ولو أوصى أن يعتق عبده ثم أوصى بعد ذلك أن يباع من فلان أو أوصى أولا بالبيع ثم
أوصى بالاعتاق كان رجوعا لما بين الوصيتين من التنافي اذ لا يمكن الجمع بين الاعتاق والبيع فكان الاقدام على الثانية
دليل الرجوع عن الاولى وهذا هو الاصل في جنس هذه المسائل انه اذا أوصى بوصيتين متنافيتين كانت الثانية مبطلة
للاولى وهو معنى الرجوع وان كانتا غير متنافيتين نفذتا جميعا ولو أوصى بشاة ثم ذبحها كان رجوعا لان الملك في باب
الوصية يثبت عند الموت والشاة المذبوحة لا تبقى الى وقت الموت عادة بل تفسد فكان الذبح دليل الرجوع ولو أوصى
بثوب ثم غسله أو بدار ثم جصصها أو هدمها لم يكن شيء من ذلك رجوعا لان الغسل ازالة الدرن والوصية لم تتعلق به فلم
يكن الغسل تصرفا في الموصى به وتجصيص الدار ليس تصرفا في الدار بل في البناء لان الدار اسم للعرصة والبناء بمنزلة
الصفة فيكون تبعا للدار والتصرف في التبع لا يدل على الرجوع عن الاصل ونقض البناء تصرف في البناء والبناء صفة
وانها تابعة ولو أوصى لرجل أن يشترى له عبدا بعينه ثم رجع العبد الى الموصى بهبة أو صدقة أو وصية أو ميراث فالوصية
لا تبطل ويجب تنفيذها لان الوصية ما وقعت بثمن العبد بل بعين العبد وهو مقصود الموصى وانما ذكر الشراء للتوسل به
الى ملكه وقد ملكه فتنفذ فيه الوصية ولو أوصى بشيء لانسان ثم أوصى به لآخر فجملة الكلام فيه انه اذا أعاد عند
الوصية الثانية الوصية الاولى والموصى له الثاني محل قابل للوصية كان رجوعا وكان اشتراكا في الوصية وبيان هذه
الجملة اذا قال أوصيت بثلث مالى لفلان ثم قال أوصيت بثلث مالى لفلان آخر ممن تجوز له الوصية فالثلث بينهما
نصفان وكذا لو قال أوصيت بهذا العبد لفلان وهو يخرج من الثلث ثم قال أوصيت به لفلان آخر ممن تجوز له الوصية
كان العبد بينهما نصفين ولو قال أوصيت بثلث مالى لفلان أو بعبدى هذا لفلان ثم قال الذى أوصيت به لفلان
أو العبد الذى أوصيت به لفلان فهو لفلان كان رجوعا عن الاولى وامضاء للثانية وانما كان كذلك لان الاصل
في الوصية بشيء لانسان ثم الوصية به لآخر هو الاشتراك لان فيه عملا بالوصيتين بقدر الامكان والاصل في تصرف
العاقل صيانته عن الابطال ما أمكن وفي الحمل على الرجوع ابطال احدى الوصيتين من كل وجه وفي الحمل على

الاشراك عمل بكل واحد منهما من وجه فيحمل عليه ما أمكن وعند الاعادة وكون الثانى محلا للوصية لا يمكن الحمل على الاشراك لانه لما أعاد علم انه أراد نقل تلك الوصية من الاول الى الثانى ولا ينتقل الا بالرجوع فكان ذلك منه رجوعا هذا اذا قال الوصية التى أوصيت بها لفلان فهى لفلان وكذا اذا قال الوصية التى أوصيت بها لفلان قد أوصيتها لفلان أو فقد أوصيتها لفلان فاما اذا قال وقد أوصيت بها لفلان فهذا يكون اشراكا لان الواو للشركة وللاجتماع ولو قال كل وصية أوصيت بها لفلان فهى باطلة فهذا رجوع لانه نص على ابطال الوصية الاولى وهو من أهل الابطال والمحل قابل للبطلان فتبطل وهو معنى الرجوع ولو قال كل وصية أوصيت بها لفلان فهى حرام أو هى ربا لا يكون رجوعا لان الحرمة لا تنافى الوصية فلم يكن دليل الرجوع ولو قال كل وصية أوصيت بها لفلان فهى لفلان وارثى كان هذا رجوعا عن وصيته لفلان ووصيته للوارث فيقف على اجازة الورثة لانه نقل الوصية الاولى بعينها الى من يصح النقل اليه لان الوصية للوارث صحيحة بدليل انها تقف على اجازة بقية الورثة والباطل لا يحتمل التوقف واذا انتقلت اليه لم يبق للاول ضرورة وهذا معنى الرجوع ثم ان أجازت بقية الورثة الوصية لهذا الوارث نفذت وصار الموصى به للموصى له وان ردوا بطلت ولم يكن للموصى له الاول لصحة الرجوع لانتقال الوصية منه وصار ميراثا لورثة الموصى كما لو رجع صريحا ولو قال الوصية التى أوصيت بها لفلان فهى لعمرو بن فلان وعمرو حى يوم قال الموصى هذه المقالة كان رجوعا عن وصيته لان الوصية لعمرو وقعت صحيحة لانه كان حيا وقت كلام الوصية فيصح النقل اليه فصح الرجوع ولو كان عمرو ميتا يوم كلام الوصية لم تصح الوصية لان الميت ليس بمحل للوصية فلم يصح ايجاب الوصية له فلم يثبت ما فى ضمنه وهو الرجوع ولو كان عمرو حيا يوم الوصية حتى صحت ثم مات عمرو قبل موت الموصى بطلت الوصية لان نفاذها عند موت الموصى وتعذر تنفيذها عند موته لكون الموصى له ميتا فكان المال كله للورثة ولو قال الثلث الذى أوصيت به لفلان فهو لعقب عمرو فاذا عمرو حى ولكنه مات قبل موت الموصى فالثلث لعقبه وكان رجوعا عن وصية فلان لان قوله لعقب عمرو وقع صحيحا اذا كان لعمرو عقب يوم موت الموصى لان عقب الرجل من يعقبه بعد موته وهو ولده فلما مات عمرو قبل موت الموصى فقد صار ولده عقبا له يوم نفاذ الايجاب وهو يوم موت الموصى فصحت الوصية كما لو أوصى بثلث ماله لولد فلان ولا ولد له يومئذ ثم ولد له ولد ثم مات الموصى ان الثلث يكون له كذا ههنا ثم اذا صح ايجاب الثلث له بطل حق الاول لما قلنا فان مات عقب عمرو بعد موت عمرو وقبل موت الموصى رجع الثلث الى الورثة لان الايجاب لهم قد صح لكونهم عقبا لعمرو فثبت الرجوع عن الاول ثم بطل استحقاقهم بموتهم قبل موت الموصى فلا يبطل الرجوع ولو مات الموصى فى حياة عمرو فالثلث للموصى له لان الموصى قد مات ولم يثبت للموصى لهم اسم العقب بعد فبطل الايجاب لهم أصلا فبطل ما كان ثبت فى ضمنه وهو الرجوع عن الوصية الاولى ولو أوصى ثم جحد الوصية ذكر فى الاصل انه يكون رجوعا ولم يذكر خلافا فقال المعلى عن أبى يوسف فى نوادره قال أبو يوسف رحمه الله تعالى فى رجل أوصى بوصية ثم عرضت عليه من الغد فقال لا أعرف هذه الوصية قال هذا رجوع منه وكذلك لو قال لم أوص بهذه الوصية قال وسألت محمدا عن ذلك فقال لا يكون الجحد رجوعا وذكر فى الجامع اذا أوصى بثلث ماله لرجل ثم قال بعد ذلك اشهدوا أنى لم أوص لفلان بقليل ولا كثير لم يكن هذا رجوعا منه عن وصية فلان ولم يذكر خلافا فيجوز أن يكون ماذكر فى الاصل قول أبى يوسف وماذكر فى الجامع قول محمد ويجوز أن يكون فى المسئلة روايتان (وجه) ماذكر فى الجامع أن الرجوع عن الوصية يستدعى سابقية وجود الوصية والجحود انكار وجودها أصلا فلا يتحقق فيه معنى الرجوع فلا يمكن أن يجعل رجوعا ولهذا لم يكن جحود النكاح طلاقا ولان انكار الوصية بعد وجودها يكون كذبا محضا فكان باطلا لا يتعلق به حكم كالاقرار الكذب حتى لو أقر بجارية لانسان كاذبا والمقر له يعلم ذلك لا يثبت الملك حتى لا يحل وطؤها وكذا سائر الاقارير الكاذبة انها باطلة فى الحقيقة كذا الانكار الكاذب

(وجـه) ماذكر فى الاصـل ان معنى الرجوع عن الوصية هو فسخها وابطالها وفسخ العقد كلام يدل على عدم الرضا بالعقد السابق و بثبوت حكمه والجحود فى معناه لان الجاحد لتصرف من التصرفات غير راض به و بثبوت حكمه فيتحقق فيه معنى الفسخ فحصل معنى الرجوع و روى ابن رستم عن محمد رحمه الله تعالى لو ان رجلا اوصى بوصايا الى رجل فقيل له انك ستبرأ فاخر الوصية فقال أخرتها فهذا ليس برجوع ولو قيل له اتركها فقال قد تركتها فهذا رجوع لان الرجوع عن الوصية هو ابطال الوصية والتأخير لا ينبئ عن الابطال والترك ينبئ عنه ألا يرى انه لو قال أخرت الدين كان تأجيلا له لا ابطالا ولو قال تركته كان ابراء روى بشر عن أبى يوسف رحمه الله تعالى فى رجل أوصى بثلث ماله لرجل مسمى وأخبر الموصى أن ثلث ماله ألف أو قال هو هذا فاذا ثلث ماله أكثر من ألف فان أبا حنيفة رحمه الله قال ان له الثلث من جميع ماله والتسمية التى سمى باطلة لا ينقض الوصية خطؤه فى ماله انه غلط فى الحساب ولا يكون رجوعا فى الوصية (وهذا) قول أبى يوسف رحمه الله تعالى لانه لما أوصى بثلث ماله فقد أتى بوصية صحيحة لان صحة الوصية لا تقف على بيان مقدار الموصى به فوقعت الوصية صحيحة بدونه ثم بين المقدار وغلط فيه والغلط فى قدر الموصى به لا يقدح فى أصل الوصية فبقيت الوصية متعلقة بثلث جميع المال ولانه يحتمل ان يكون هذا رجوعا عن الزيادة على القدر المذكور و يحتمل أن يكون غلطا فوقع الشك فى بطلان الوصية فلا تبطل مع الشك على الاصل المعهود ان الثابت بيقين لا يزول بالشك ولو قال أوصيت بغنمى كلها وهى مائة شاة فاذا هى أكثر من مائة وهى تخرج من الثلث فالوصية جائزة فى جميعها لما ذكرنا انه أوصى بجميع غنمه ثم غلط فى العدد قال ولو قال أوصيت له بغنمى وهى هذه وله غنم غيرها تخرج من الثلث فان هذا فى القياس مثل ذلك ولكنى أدع القياس فى هذا وأجعل له الغنم التى نسمى من الثلث لانه جمع بين التسمية والاشارة وكل واحد منهما للتعيين غير ان هذه الاشارة أقوى لانها تحصر العين وتقطع الشركة فتعلقت الوصية بالمشار اليه فلا يستحق الموصى له غيره بخلاف ما اذا قال أوصيت له بثلث مالى وهو هذا وله مال آخر غيره انه يستحق ثلث جميع المال لان الاشارة هناك لم تصح لانه قال ثلث مالى والثلث اسم للشائع والمعين غير الشائع فلغت الاشارة فتعلقت الوصية بالمسمى وهو ثلث المال وههنا صحت وصية الاشارة وهى أقوى من التسمية فتعلقت الوصية بالمشار اليه ولو قال قد أوصيت لفلان برقيق وهم ثلاثة فاذا هم خمسة جعلت الخمسة كلهم فى الثلث لانه أوصى برقيقه كلهم لكنه غلط فى عددهم والغلط فى العدد لا يمنع استحقاق الكل بالوصية العامة ولو أوصى بثلث ماله لبنى عمرو بن حماد وهم سبعة فاذا بنوه خمسة كان الثلث كله لهم لانه جعل الثلث لبنى عمرو بن حماد ثم وصف بنيه وهم خمسة بانهم سبعة غلطا فيلغو الغلط و يلحق بالعدم كانه لم يتكلم به لانه لما قال وهم سبعة ولم يكونوا الا خمسة فقد أوصى لخمسة موجودين ولمعدومين ومتى جمع بين موجود ومعدوم وأوصى لهما يلغو ذكر المعدوم وتكون الوصية للموجود كما لو قال أوصيت بثلث مالى لعمرو وخالد ابنى فلان فاذا أحدهما ميت ان الثلث كله للحى منهما كذا هذا وكذلك لو قال لبنى فلان وهم خمسة فاذا هم ثلاثة أو قال وهم سبعة فاذا هم ثلاثة أو اثنان لما قلنا ولو قال أوصيت بثلث مالى لبنى فلان وله ثلاث بنين أو ابنان كان جميع الثلث لهم لان الثلاث يقال لهم بنون والاثنان فى هذا الباب ملحق بالجميع لان الوصية أخت الميراث وهناك الحق الاثنتان بالثلاث فى حق استحقاق الثلثين كذا هذا ولو كان لفلان ابن واحد استحق نصف الثلث لانه جعل الثلث للبنين والواحد لا ينطلق عليه اسم البنين لغة ولا له حكم الجماعة فى باب الوصية والميراث فلا يستحق الكل وانما صرف اليه نصف الثلث لان أقل من يستحق كمال الثلث فى هذا الباب اثنان ولو كان معه آخر لصرف اليهما كمال الثلث فاذا كان وحده يصرف اليه نصف الثلث ولو قال قد أوصيت بثلث مالى لابنى فلان عمرو وحماد فاذا ليس له الا عمرو كان جميع الثلث له لانه جعل عمرا وحمادا بدلين عن قوله ابنى فلان كما يقال جاءنى أخوك عمرو والبدل عند أهل النحو هو الاعراض عن قوله الاول والاخذ بالثانى فكان المعتبر هو الثانى والاول يلغو كما اذا قال جاءنى أخوك زيد يصير كانك قلت جاءنى زيد واعتمدت عليه وأعرضت

عن قولك أخوك الى هذا ذهب الائمة من النحويين وهذا قول سيبويه واذا كان كذلك صار الموصى معتمدا على قوله عمرو وحماد معرضا عن قوله ابنى فلان فصار كأنه قال أوصيت بثلث مالى لعمرو وحماد وحماد ليس بموجود ولو كان كذلك لصرف كل الثلث الى عمرو وكذا ههنا والاشكال على هذا ان قوله عمرو وحماد كما يصلح ان يكون بدلا عن قوله ابنى فلان يصلح أن يكون عطف بيان والمعتبر فى عطف البيان المذكور أولا والثانى يذكر لازالة الجهالة عن الاول كما فى قول القائل جاءنى أخوك زيد اذا كان فى اخوته كثرة كان زيد مذكورا بطريق عطف البيان لازالة الجهالة المتمكنة فى قوله أخوك لكثرة الاخوة بمنزلة النعت واذا كان المعتبر هو المذكور أولا وهو قوله ابنى فلان فاذا لم يكن لفلان الا ابن واحد وهو عمرو فينبغى أن لا يكون له الا نصف الثلث والجواب نعم هذا الكلام يصلح لهما جميعا لكن الحمل على ما قلنا أولى لان فيه تصحيح جميع تصرفه وهو تمليكه جميع الثلث وانه أوصى بتمليك جميع الثلث وفى الحمل على عطف البيان اثبات تمليك النصف فكان ما قلناه أولى على ان من شرط عطف البيان ان يكون الثانى معلوما كما فى قول القائل جاءنى أخوك زيد كان زيد معلوما فزال به وصف الجهالة المعترضة فى قوله أخوك بسبب كثرة الاخوة وفى مسئلتنا الثانى غير معلوم لان اسم حماد ليس له مسمى موجود له ليكون معلوما فيحصل به ازالة الجهالة فتعذر حمله على عطف البيان فيجعل بدلا للضرورة (ولو) قال أوصيت لبنى فلان وهم خمسة ولفلان ابن فلان بثلث مالى فاذا بنو فلان ثلاثة فان لبنى فلان ثلاثة أرباع الثلث ولفلان ابن فلان ربع الثلث لما ذكرنا ان قوله وهم خمسة لغو اذا كانوا ثلاثة فبقى قوله أوصيت بثلث مالى لبنى فلان ولفلان ابن فلان فيكون الثلث بينهم أرباعا لحصول الوصية لأربعة فيكون بينهم ارباعا لاستواء كل سهم فيها (ولو) قال قد أوصيت لبنى فلان وهم ثلاثة بثلث مالى فاذا بنو فلان خمسة فالثلث لثلاثة منهم لان قوله لبنى فلان اسم عام وقوله وهم ثلاثة تخصيص أى أوصيت لثلاثة من بنى فلان فصح الايصاء لثلاثة منهم غير معينين وهذه الجهالة لا تمنع صحة الوصية لانها محصورة مستدركة ومثل هذه الجهالة لا تمنع صحة الوصية لان تنفيذها ممكن كما لو أوصى لاولاد فلان وكما لو أوصى بثلث ماله وهو مجهول لا يدرى كم يكون عند موت الموصى بخلاف ما اذا أوصى لواحد من عرض الناس حيث لم يصح لان تلك الجهالة غير مستدركة وكذا لو أوصى لقبيلة لا يحصون لانه لا يمكن حصرها والخيار فى تعيين الثلاثة من بنيه الى ورثة الموصى لانهم قائمون مقامه والبيان كان اليه لانه هو المبهم فلما مات عجز عن البيان بنفسه فقام من يخلفه مقامه بخلاف ما اذا أوصى لمواليه حيث لم تصح ولم تقم الورثة مقامه لان هناك تخالف المقصود من الوصية ولا يقف على مقصود الموصى انه أراد به زيادة فى الانعام أو الشكر أو مجازاة أحد من الورثة فلا يمكنهم التعيين وههنا الامر بخلافه واستشهد محمد رحمه الله لصحة هذه الوصية فقال ألا يرى ان رجلا لو قال أوصيت بثلث مالى لبنى فلان وهم ثلاثة فلان وفلان وفلان فاذا بنو فلان غير الذين سماهم ان الوصية جائزة لمن سمى لانه خص البعض فكذا ههنا أوضح محمد رحمه الله تعالى جواز تخصيص ثلاثة مجهولين بعلمه لجواز تخصيص ثلاثة معينين وانه ايضاح صحيح ولو قال قد أوصيت بثلث مالى لبنى فلان وهم ثلاثة ولفلان ابن فلان فاذا بنو فلان خمسة فلفلان ابن فلان ربع الثلث لان قوله وهم ثلاثة صحيح لما ذكرنا انه تخصيص العام فصار موصيا بثلث ماله لثلاثة من بنى فلان ولفلان بن فلان فكان فلان رابعهم فكان له ربع الثلث وثلاثة أرباعه لثلاثة من بنى فلان ولو أوصى لرجل بمائة ولرجل آخر بمائة ثم قال لآخر قد أشركتك معهما فله ثلث كل مائة لان الشركة تقتضى التساوى وقد أضافها اليهما فيقتضى ان يستوى كل واحد منهما ولا تحقق المساواة الا بأن يأخذ من كل واحد منهما ثلث ما فى يده فيكون لكل واحد ثلثا المائة فتحصل المساواة وان أوصى لرجل باربعمائة ولآخر بمائتين ثم قال لآخر قد اشركتك معهما فله نصف ما أوصى لكل واحد منهما لان تحقيق المشاركة بينهم على سبيل الجملة غير ممكن فى هذه الصورة لاختلاف الانصباء فيتحقق التساوى على سبيل الانفراد تحقيقا لمقتضى الشركة بقدر الامكان (وكذا) لو أوصى لاثنين لكل واحد جارية ثم اشرك فيهما ثالثا كان له نصف كل واحدة منهما لما ذكرنا

ان اثبات الاستواء على سبيل الاجتماع غير ممكن (ولو قال) سدس مالى لفلان ثم قال فى ذلك المجلس أو فى مجلس آخر ثلث مالى لفلان فاجازت الورثة فله ثلث المال لان الموصى أثبت الثلث فثبت وهو يتضمن السدس فثبت المتضمن به بثبوت المتضمن فيصير كانه أعاد الاول زيادة ولو قال سدس مالى لفلان وصية سدس مالى لفلان فانما هو سدس واحد لان الاصل ان المعرفة اذا كررت كان المراد بالثانى هو الاول والسدس ههنا ذكر معرفة لاضافته الى المال المعروف بالاضافة الى ضمير المتكلم والله تعالى أعلم وعلى هذا يخرج ما اذا أوصى بخاتم لفلان وبفصه لفلان آخر وجملة الكلام فيه ان الامر لا يخلو اما ان كانت الوصيتان فى كلام واحد متصل واما ان كانتا فى كلام منفصل فان كانتا فى كلام منفصل فالحلقة للموصى له بالخاتم والفص للموصى له بالفص بلا خلاف وان كانتا فى كلام منفصل فكذلك فى قول أبى يوسف وقيل انه قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى أيضا وقال محمد رحمه الله تعالى الحلقة للموصى له بالخاتم والفص بينهما (وجه) قوله ان الوصية بالخاتم تتناول الحلقة والفص وبالوصية لآخر بالفص لم يتبين ان الفص لم يدخل واذا كان كذلك بقى الفص داخلا فى الوصية بالخاتم واذا أوصى بالفص لآخر فقد اجتمع فى الفص وصيتان فيشتركان فيه ويسلم الحلقة للاول ولابى يوسف رحمه الله تعالى ان اسم الخاتم يتناول الفص الذى فيه اما بطريق التضمن لانه جزء من أجزاء الخاتم بمنزلة اسم الانسان انه يتناول جميع أجزائه بطريق التضمن واما بطريق التبعية لكن عند الاطلاق فاذا أفرد البعض بالوصية لآخر تبين انه لم يتناوله حيث جعله منصوصا عليه أو مقصودا بالوصية فبطلت التبعية لان الثابت نصا فوق الثابت ضمنا وتبعا والاصل فى الوصايا ان يقدم الاقوى فالاقوى وصار هذا كما اذا أوصى بعبده لانسان وبخدمته لآخر ان الرقبة تكون للموصى له الاول والخدمة للموصى له الثانى لما قلنا كذا هذا وبهذا تبين ان هذا ليس نظير اللفظ العام اذا ورد عليه التخصيص لان اللفظ العام يتناول كل فرد من أفراد العموم بحروفه فيصير كل فرد من أفراده منصوصا عليه وههنا كل جزء من أجزاء الخاتم لا يصير منصوصا عليه بذكر الخاتم ألا يرى ان كل جزء من أجزاء الخاتم لا يسمى خاتما كما لا يسمى كل جزء من أجزاء الانسان انسانا فلم يكن هذا نظير اللفظ العام فلا يستقيم قياسه عليه مع ما ان المذهب الصحيح فى العام انه يحتمل التخصيص بدليل متصل ومنفصل والبيان المتأخر لا يكون نسخا لا محالة بل قد يكون نسخا وقد يكون تخصيصا على ما عرف فى أصول الفقه على ان الوصية بالخاتم وان تناولت الحلقة والفص لكنه لما أوصى بالفص لآخر فقد رجع عن وصيته بالفص للاول والوصية عقد غير لازم ما دام الموصى حيا فتحتمل الرجوع ألا يرى انه يحتمل الرجوع عن كل ما أوصى به ففى البعض أولى فيجعل رجوعا فى الوصية بالفص للموصى له بالخاتم وعلى هذا اذا أوصى بهذه الامة لفلان وبما فى بطنها لآخر أو أوصى بهذه الدار لفلان وبنائها لآخر أو أوصى بهذه القوصرة لفلان وبالتمر الذى فيها لآخر انه ان كان موصولا كان لكل واحد منهما ما أوصى له به بالاجماع وان كان مفصولا فعلى الاختلاف الذى ذكرنا ولو أوصى بهذا العبد لفلان وبخدمته لفلان آخر أو أوصى بهذه الدار لفلان وبسكناها لآخر او بهذه الشجرة لفلان وثمرتها لآخر أو بهذه الشاة لفلان وبصوفها لآخر فلكل واحد منهما ما سمى له بلا خلاف سواء كان موصولا أو مفصولا لان اسم العبد لا يتناول الخدمة واسم الدار لا يتناول السكنى واسم الشجرة لا يتناول الثمرة لا بطريق العموم ولا بطريق التضمن لان هذه الاشياء ليست من أجزاء العين الا ان الحكم متى ثبت فى العين ثبت فيها بطريق التبعية لكن اذا لم يفرد التبع بالوصية فاذا أفردت صارت مقصودة بالوصية فلم تبق تابعة فيكون لكل واحد منهما ما أوصى له به أو تجعل الوصية الثابتة رجوعا عن الوصية بالخدمة والسكنى والثمرة والوصية تقبل الرجوع وهذه المسائل حجة أبى يوسف فى المسئلة الاولى ولو ابتدأ بالتبع فى هذه المسائل ثم بالاصل بان أوصى بخدمة العبد لفلان ثم بالعبد لآخر أو أوصى بسكنى هذه الدار لانسان ثم بالدار لآخر او بالثمرة لانسان ثم بالشجرة لآخر فاذا ذكر موصولا فلكل واحد منهما ما أوصى له به وان ذكر مفصولا فالاصل للموصى له بالاصل والتبع بينهما نصفان لان الوصية الثابتة

تناولت الاصل والتبع جميعاً فقد اجتمع فى التبع وصيتان فيشتركان فيه ويسلم الاصل لصاحب الاصل وهذا حجة محمد رحمه الله تعالى فى المسئلة المتقدمة ولو أوصى بعبده لانسان ثم أوصى بخدمته لآخر ثم أوصى له بالعبد بعد ما أوصى له بالخدمة أو أوصى بخاتمه لانسان ثم أوصى بفصه لآخر ثم أوصى له بالخاتم بعد ما أوصى له بالفص أو أوصى بجاريته لانسان ثم أوصى بولدها لآخر ثم أوصى له بالجارية بعد ما أوصى له بولدها فالاصل والتبع بينهما نصفان نصف العبد لهذا ونصفه للآخر ولهذا نصف خدمته وللآخر نصف خدمته وكذا فى الجارية مع ولدها والخاتم مع الفص لان الوصية لاحدهما بالاصل وصية بالتبع ويبطل حكم الوصية بالتبع بانفراده وصار كأنه أوصى لكل واحد بالاصل والتبع نصا ولو كان كذلك لاشتركا فى الاصل والتبع كذا هذا فان كان أوصى للثانى بنصف العبد يقسم العبد بينهما أثلاثا وكان للثانى نصف الخدمة لانه لما أوصى له بنصف العبد بطلت وصيته فى خدمة ذلك النصف لدخولها تحت الوصية بنصف العبد وبقيت وصيته بالخدمة فى النصف الآخر وذكر ابن سماعة ان أبا يوسف رجع عن هذا وقال اذا أوصى بالعبد لرجل وأوصى بخدمته لآخر ثم أوصى برقبة العبد أيضاً لصاحب الخدمة فان العبد بينهما والخدمة كلها للموصى له بالخدمة لانفراده بالوصية بالخدمة فوقع صحيحا فلا تبطل بالوصية بالرقبة فصار الموصى له الثانى موصى له بالرقبة والخدمة على الانفراد فيستحق نصف الرقبة لمساواته صاحبه فى الوصية بها وينفرد بالوصية بالخدمة وقال لو أوصى لرجل بامة تخرج من الثلث واوصى لآخر بما فى بطنها وأوصى بها أيضا الذى اوصى له بما فى البطن فالامة بينهما نصفان والولد كله للذى اوصى له به خاصة لا يشركه فيه صاحبه لما ذكرنا انهما تساويا فى استحقاق الرقبة وانفرد صاحب الولد بالوصية به خاصة ولو اوصى بالدار لرجل واوصى ببيت فيها بعينه لآخر فان البيت بينهما بالحصص وكذا لو اوصى بالف درهم بعينها لرجل واوصى بمائة منها لآخر كان تسعمائة لصاحب الالف والمائة بينهما نصفان لان اسم الدار يتناول البيوت التى فيها بطريق الاصالة لا بطريق التبعية وكذا اسم الالف يتناول كل مائة منها بطريق الاصالة وكان كل واحد منهما أصلا فى كونه موصى به فيكون بينهما وهذا مما لا خلاف فيه وانما الخلاف فى كيفية القسمة فعند أبى حنيفة رحمه الله تعالى على طريق المنازعة وعند ابى يوسف على طريق المضاربة فيقسم على احد عشر لصاحب المائة جزء من احد عشر فى المائة ولصاحب الالف عشرة أجزاء فى جميع الالف وكذلك الدار والبيت ولو اوصى ببيت بعينه لرجل وساحته لآخر كان البناء بينهما بالحصص لان البيت لا يسمى بيتا بدون البناء فكانت وصية الاول متناولة للبناء بطريق الاصالة فيشارك الموصى له بالساحة بخلاف الوصية بدار لانسان و ببنائها لآخر انهما لا يشتركان فى البناء بل تكون العرصة للموصى له بالدار والبناء لآخر لان اسم الدار لا يتناول البناء بطريق الاصالة بل بطريق التبعية اذ الدار اسم للعرصة فى اللغة والبناء فيها تبع بدليل انها تسمى دارا بعد زوال البناء فكان دخول البناء فى الوصية بالدار من طريق التبعية فكانت العرصة للاول والبناء للثانى والله تعالى اعلم (واما) الرجوع الثابت من طريق الضرورة فنوعان أحدهما ان يتصل بالعين الموصى به زيادة لا يمكن تسليم العين بدونها كما اذا أوصى بسويق ثم لته بالسمن لان الموصى به اتصل بالسمن عوصى به بحيث لا يمكن تسليمه بدونه لتعذر التمييز بينهما فثبت الرجوع ضرورة وكذا اذا وصى بدار ثم بنى فيها أو أوصى بقطن ثم حشاه جبة فيه أو أوصى ببطانة ثم بطن بها أو بظهارة ثم ظهر بها لانه لا يمكن تسليم الموصى به الا بتسليم ما اتصل به ولا يمكن تسليمه الا بالنقض ولا سبيل الى التكليف بالنقض لانه تصرف فى ملك نفسه فجعل رجوعا من طريق الضرورة ويمكن اثبات الرجوع فى هذه المسائل من طريق الدلالة أيضا لان اتصال الموصى به بغيره حصل بصنع الموصى فكان تعذر التسليم مضافا الى فعله وكان رجوعا منه دلالة والثانى أن يتغير الموصى به بحيث يزول معناه واسمه سواء كان التغيير الى الزيادة أو الى النقصان كما اذا أوصى لانسان بثمر هذا النخل ثم لم يمت الموصى حتى صار بسرا أو أوصى له بهذا البسر ثم صار رطبا أو أوصى بهذا العنب فصار زبيبا أو بهذا السنبل فصار حنطة أو بهذا القصيل فصار شعيرا أو بالحنطة المبذورة فى

الارض

الارض فنبتت وصارت بقلا أو بالبيضة فصارت فرخا أو نحو ذلك ثم مات الموصى بطلت الوصية فيما أوصى به فيثبت الرجوع ضرورة هذا اذا تغير الموصى به قبل موت الموصى لانه صار شيأ آخر لزوال معناه واسمه فتعذر تنفيذ الوصية فيما أوصى به وأما اذا تغير بعد موته فحكمه يذكر فى بيان ما تبطل به ان شاء الله تعالى ولو أوصى برطب هذا النخل فصار بسرا فالقياس أن تبطل الوصية لتغير الموصى به وهو الرطب من الرطوبة الى اليبوسة وزوال اسمه وفى الاستحسان لا تبطل لان معنى الذات لم يتغير من كل وجه بل بقى من وجه ألا يرى ان غاصبا لو غصب رطب انسان فصار تمرا فى يده لا ينقطع حق المالك بل يكون له الخيار ان شاء أخذه تمرا وان شاء ضمنه رطبا مثل رطبه

﴿ فصل ﴾ وأما بيان حكم الوصية فالوصية فى الاصل نوعان وصية بالمال ووصية بفعل متعلق بالمال لا يتحقق بدون المال أما الوصية بالمال فحكمها ثبوت الملك فى المال الموصى به للموصى له والمال قد يكون عينا وقد يكون منفعة ويتعلق بالملك فى كل واحد منهما أحكام اما ملك العين فحكم مطلق ملكه وحكم سائر الاعيان المملوكة بالاسباب الموضوعة لها سواء كالبيع والهبة والصدقة ونحوها فيملك الموصى له التصرف فيها بالانتفاع بعينها والتمليك من غيره بيعا وهبة ووصية لانه ملك بسبب مطلق فيظهر فى الاحكام كلها ويظهر فى الزوائد المتصلة أو المنفصلة الحادثة بعد موت الموصى سواء حدثت بعد قبول الموصى له أو قبل قبوله بان حدثت ثم قبل الوصية أما بعد القبول فظاهر لانها حدثت بعد ملك الاصل وملك الاصل موجب ملك الزيادة (وأما) قبل القبول فلان الملك بعد القبول ثبت من وقت الموت لان الكلام السابق صار سببا لثبوت الملك فى الاصل وقت الموت لكونه مضافا الى وقت الموت فصار سببا عند الموت فاذا قبل ثبت الملك فيه من ذلك الوقت لوجود السبب فى ذلك الوقت كالجارية المبيعة بشرط الخيار للمشترى اذا ولدت فى مدة الخيار ثم أجاز المشترى البيع انه يملك الولد لما قلنا كذا هذا وكانت الزوائد موصى بها حتى يعتبر خروجها من الثلث لان الملك فيها بواسطة ملك الاصل مضاف الى كلام سابق كانها كانت موجودة فى ذلك الوقت وهل يكون موصى بها بعد القبول قبل القسمة لم يذكر فى الاصل واختلف المشايخ فيه قال بعضهم لا يكون حتى لا يعتبر فيها الثلث ويكون فى جميع المال كأنه حدثت بعد القسمة لانها حدثت بعد ملك الاصل وقال عامتهم يكون لان ملك الاصل وان ثبت لكنه لم يتأكد بدليل انه لو هلك ثلث التركة قبل القسمة وصارت الجارية بحيث لا تخرج من ثلث المال كانت له الجارية بقدر ثلث الباقى ويستوى فى ذكرنا من الزيادة المنفصلة المتولدة من الاصل أو فى معنى المتولدة كالولد والارش والعقر وما لم يكن متولدا من الاصل رأسا كالكسب والغلة فرقا بين الوصية وبين البيع حيث الحق الكسب والغلة بالمتولد فى الوصية ولم يلحقهما فى البيع والفرق ان الكسب والغلة بدل المنفعة والمنفعة تملك بالوصية مقصودا فكذا بدلها بخلاف البيع ثم اذا صارت الزوائد موصى بها حتى يعتبر خروجها من الثلث فان كانت الجارية مع الزيادة يخرجان من الثلث يعطيان للموصى له وان كان لا يخرجان جميعا من الثلث فعند أبى حنيفة رحمه الله يعطى للموصى له الجارية أولا من الثلث فان فضل من الثلث شئ يعطى من الزيادة بقدر ما فضل وعند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله يعطى الثلث منهما جميعا بقدر الحصص (وجه) قولهما ان الزيادة ان صارت موصى بها صارت كالموجودة عند العقد فيعطى الثلث منهما جميعا أكثر ما فى الباب ان فيه تغيير حكم العقد فى الاصل بسبب الزيادة لكن هذا جائز كما فى الزيادة المتصلة ولابى حنيفة رحمه الله تعالى ان القول بانقسام الثلث على الاصل والزيادة اضرار بالموصى له من غير ضرورة وهذا لا يجوز بيان ذلك ان حكم الوصية فى الاصل قبل حدوث الزيادة كان سلامة كل الجارية للموصى له وبعد الانقسام لا تسلم الجارية له بل تصير مشتركة والشركة فى الاعيان عيب خصوصا فى الجوارى فيتضرر به الموصى له ولا ضرورة الى الحاق هذا الضرر لامكان تنفيذ الوصية فى الاصل بدون الزيادة بخلاف الزيادة المتصلة فان هناك ضرورة لتعذر تنفيذ الوصية فى الاصل بدون الزيادة لعدم امكان التميز فمست الضرورة الى التنفيذ فيهما من الثلث وأما الزوائد الحادثة قبل موت الموصى فلا يملكها الموصى له لانها حدثت قبل

ملك الاصل وقبل انعقاد سبب الملك لان الكلام السابق انما يصير سببا عند الموت فاذا مات الموصى ملكها الورثة والله تعالى أعلم (وأما) ملك المنفعة بالوصية المضافة اليها مقصودا فيتعلق بها أحكام مختلفة فنذكرها فنقول وبالله التوفيق ان الملك فى المنفعة ثبت موقتا لا مطلقا فان كانت الوصية مؤقتة الى مدة تنتهى بانتهاء المدة ويعود ملك المنفعة الى الموصى له بالرقبة ان كان قد اوصى بالرقبة الى انسان وان لم يكن يعود الى ورثة الموصى وان كانت مطلقة تثبت الى وقت موت الموصى له بالمنفعة ثم ينتقل الى الموصى له بالرقبة ان كان هناك موصى له بالرقبة وان لم يكن ينتقل الى ورثة الموصى وليس للموصى له بالخدمة والسكنى أن يؤاجر العبد أو الدار من غيره عندنا وعند الشافعى له ذلك (وجه) قوله ان الموصى له بالمنفعة قد ملك المنفعة كالمستأجر له أن يؤاجر من غيره كذا هذا ولهذا يملك الاعارة كذا الاجارة (ولنا) ان الثابت للموصى له بالسكنى والخدمة ملك المنفعة بغير عوض فلا يحتمل التمليك بعوض كالملك الثابت للمستعير بالاعارة حتى لا يملك الاجارة كذا هذا أو يخدم العبد بنفسه ولو أوصى بغلة الدار والعبد فاراد أن يسكن بنفسه أو يستخدم العبد بنفسه هل له ذلك لم يذكر فى الاصل واختلف المشايخ فيه قال أبو بكر الاسكاف له ذلك وقال أبو بكر الاعمش ليس له ذلك وهو الصحيح لانه أوصى له بالغلة لا بالسكنى والخدمة وليس له أن يخرج العبد من الكوفة الا أن يكون أهل الموصى له فى غير الكوفة فله أن يخرجه الى أهله ليخدمه هناك اذا كان يخرج من الثلث لان الوصية بالخدمة تقع على الخدمة المعهودة المتعارفة وهى الخدمة عند أهله فكان ذلك مأذونا فيه دلالة لأن لصاحب الرقبة حق الحفظ والصيانة وانما يمكنه اذا كانت الخدمة بحضرته هذا اذا كان العبد يخرج من الثلث فان كان لا يخرج من الثلث فليس له أن يخرجه الى مصر آخر لانه اذا لم يكن له مال آخر سواه يخدم الموصى له يوما والورثة يومين فيكون كالعبد المشترك فلا يملك اخراجه لما فى الاخراج من ابطال حق الورثة وما وهب للعبد أو تصدق به عليه أو اكتسبه فهو لصاحب الرقبة لان ذلك مال العبد والعبد فى الحقيقة لصاحب الرقبة فكان كسبه له قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من باع عبدا وله مال فماله لبائعه الا أن يشترطه المبتاع ولو كان مكان العبد أمة فولدت ولدا فهو لصاحب الرقبة لانه متولد من الرقبة والرقبة له ولانه أوصى له بخدمة شخص واحد فلا يستحق خدمة شخصين ونفقة العبد وكسوته على صاحب الخدمة ان كان العبد كبيرا لان منفعته له فكانت النفقة والكسوة عليه اذ الخراج بالضمان ولهذا كانت نفقة العبد المستعار على المستعير كذا هذا بخلاف العبد الرهن ان نفقته على الراهن لا على المرتهن لان منفعته للراهن ألا يرى انه لو هلك يسقط عنه من الدين بقدره وكذا له ان يفتكه فى أى وقت شاء فينتفع به وان كان العبد صغيرا يخرج من الثلث فنفقته على صاحب الرقبة الى أن يدرك الخدمة ويصير من أهلها لانه لا منفعة لصاحب الخدمة للحال ومنفعة النماء والزيادة لصاحب الرقبة فكانت النفقة عليه حتى يبلغ الخدمة فاذا بلغ فنفقته على صاحب الخدمة لان المنفعة تحصل له وعلى هذا اذا أوصى بغلة نخل أو لرجل ولآخر برقبته ولم تدرك أو لم تحمل فالنفقة فى سقيها والقيام عليها على صاحب الرقبة فاذا أثمرت فالنفقة على صاحب الغلة لانها اذا لم تدرك أو لم تحمل فصاحب الغلة لا ينتفع بها فلا يكون عليه نفقتها وكانت على صاحب الرقبة لاصلاح ملكه الى أن تثمر فاذا أثمرت فقد صارت منتفعا بها فى حق صاحب الغلة فكانت عليه نفقتها فان حملت عاما واحدا ثم حالت ولم تحمل شيئا فالقياس أن لا يكون عليه نفقتها فى العام الذى حالت فيه لانه لا ينتفع بها فيه وفى الاستحسان عليه نفقتها لان بانعدام حملها عاما لا تعد منقطعة المنفعة لان من الاشجار ما لا يحمل كل عام ولا يعد ذلك انقطاع النفع بل يعد نفعا ونماء وكذا الاشجار لا تخرج الا فى بعض فصول السنة ولا يعد ذلك انقطاع النفع بل يعد نفعا ونماء حتى كانت نفقتها على الموصى له بالغلة فكذا هذا فان لم ينفق الموصى له بالغلة وانفق صاحب الرقبة عليها حتى حملت فانه يستوفى نفقته من ذلك الحمل وما يبقى من الحمل فهو لصاحب الغلة لانه فعل ذلك مضطرا لاصلاح ملك نفسه ودفع الفساد عن ماله فلم يكن متبرعا فله أن يرجع فيما حملت لانه انما حصل هذه الفائدة بسبب نفقته ولو هلكت الغلة قبل أن تصل الى صاحب الغلة ليس له أن يرجع عليه بما أنفق لان هذا ليس بدين واجب

عليه

عليه وان هو شئ يفتى به ولا يقضى ولو جنى العبد جناية فالفداء على صاحب الخدمة لان منفعة الرقبة له فكان الفداء عليه لقول النبي صلى الله عليه وسلم الخراج بالضمان وصار كعبد الرهن اذا جنى جناية ان الفداء على المرتهن لانه هو المنتفع به بحبسه في دينه أو يقال ان الفداء على صاحب الرقبة لان الجناية حصلت من الرقبة حقيقة والرقبة له ولكن يقال لصاحب الخدمة ان حقك يفوت لو فدى صاحب الرقبة أو دفع وان أردت أن تحيي حقك ففد وهكذا يقال للمرتهن في العبد الرهن اذا جنى لان الرقبة للراهن فاذا فدى صاحب الخدمة فقد طهر عن الجناية فتكون الخدمة على حالها وان أبى ان يفدى يقال لصاحب الرقبة ادفعه أو افده لان الرقبة له وأي شيء اختاره بطل حق صاحب الخدمة في الخدمة أما اذا دفع فلا شك فيه لانه بطل ملك الموصى له بالخدمة بالدفع فلا يستحق الخدمة على ملك غيره وكذلك اذا أفدى لانه يصير كالمشتري منهم الرقبة فيتجدد الملك ويبطل حكم الملك الاول فيه فان مات صاحب الخدمة وقد فدى قبل ذلك بطلت وصيته له قلنا ان ملك المنفعة بالوصية بمنزلة ملك المستعير والعارية تبطل بموت المستعير لان المعير ملك المنفعة منه لا من غيره كذا ههنا ويقال لصاحب الرقبة أدا الى ورثته الفداء الذي فدى لانه تبين ان الفداء كان عليه لا على صاحب الخدمة لانه انما التزم ذلك على ظن ان كل منفعة الرقبة مصروف اليه ومتى ظهر انه مصروف الى غيره ظهر انه على غيره فتبين انه تحمل عن غيره وهو صاحب الرقبة احياء لملكه وهو مضطر فيه فرجع عليه (وليس) لصاحب الرقبة ان ينتفع به ما لم يدفع اليهم ما دفع صاحب الخدمة من الفداء فان أبى صاحب الرقبة دفع ذلك الفداء الى ورثة صاحب الخدمة بيع العبد فيه وكان بمنزلة الدين في عتقه لان هذا الدين وجب بسبب كان في رقبته فصار كسائر الديون ولو لم يجن العبد ولكن قتله رجل خطأ فعلى عاقلة القاتل قيمته يشترى بها عبد يخدم صاحب الخدمة لان البدل يقوم مقام المبدل كالعبد الرهن اذا قتل في يد المرتهن وغرم القاتل قيمته يكون رهنا مكانه بخلاف العبد المستأجر اذا قتل وغرم القاتل القيمة انه لا يشترى بها عبدا آخر حتى يستعمله المستأجر لان القاتل يغرم القيمة دراهم أو دنانير والدراهم والدنانير لا يجوز استئناف عقد الاجارة عليها فلا يبقى عليها العقد فتبطل ويجوز استئناف عقد الوصية على الدراهم والدنانير فجاز ان يبقى عليها فيشترى بها عبد آخر يقوم مقام الاول (وان) كان القتل عمدا فلا قصاص على القاتل الا ان يجتمع على ذلك صاحب الرقبة وصاحب الخدمة لان لصاحب الرقبة ملكا ولصاحب الخدمة حق يشبه الملك فصار كعبد بين شريكين قتل عمدا انه لا ينفرد أحدهما باستيفاء القصاص كذا هذا وان اختلفا في ذلك بأن طلب أحدهما القصاص ولم يطلب الآخر سقط القصاص للشبهة وصار مالا فصار بمعنى الخطأ فيشترى به عبدا للخدمة كما لو كان القتل خطأ (ولو) فقأ رجل عينيه أو قطع يديه دفع اليه العبد وأخذ قيمته صحيحا فاشترى بها عبدا مكانه لان فقء العينين وقطع اليدين بمنزلة استهلاكه الا انه مما يصلح خراجا بضمان فيضمن قيمته ويأخذه خراجا بضمانه ثم يفعل بالقيمة ما وصفنا وهو ان يشترى بها عبدا للخدمة (ولو) فقئت عينه أو قطعت يده أو شج موضحة فدى القاتل ارش ذلك فهذا على وجهين اما ان كانت الجناية تنقص الخدمة واما ان كانت لا تنقص فان كانت تنقص فان اتفق الموصى له بالرقبة والموصى له بالخدمة على ان يشتريا بالارش عبدا ان كان الارش يبلغ قيمة عبد حتى يخدم الموصى له بالخدمة مع العبد الاول فعلا ذلك وجاز (وان) اتفقا على ان يباع هذا العبد ويضم ثمنه الى ذلك الارش فاشتريا بهما عبدا آخر جاز أيضا لان الجناية اذا كانت تنقص الخدمة كان لكل واحد منهما حق في ذلك الارش فكان لهما ان يتفقا على أحد هذين الشيئين (وان) اختلفا ولم يتفقا فلا يباع العبد الموصى به لان لكل واحد منهما حق فلا يباع الا برضاهما ويشترى بالارش عبد يخدمهما حتى يقوم مقام الجزء الفائت فان لم يؤخذ بالارش عبد يوقف ذلك حتى يصطلحا عليه فان اصطلحا على ان يقتسماه نصفين جاز لان الحق لهما واذا اقتسماه جاز ذلك (وان لم) يصطلحا لا يقضي القاضي بشيء ولكن يوقف ذلك المال وان كانت الجناية لا تنقص الخدمة فوصيته على حالها والارش لصاحب الرقبة لان الارش بدل جزء من أجزاء الرقبة فيكون لمالك الرقبة (ولو) كان لرجل

ثلاثة أعبد فأوصى برقبة أحدهم لرجل وأوصى بخدمة آخر لرجل آخر ولا مال له غيرهم وقيمة الذى أوصى بخدمته خمسمائة وقيمة الذى أوصى برقبته ثلثمائة وقيمة الباقى ألف درهم فالثلث بينهما على ثلاثة أسهم والاصل ان الوصية بالخدمة تعتبر من الثلث كالوصية بالرقبة لان الوصية بالخدمة وصية بحبس الرقبة عن الوارث فيعتبر من الثلث واذا عرف هذا فجميع مال الميت ألف وثمانمائة درهم ثلثها ستمائة وجميع سهام الوصايا ثمانمائة فاذا زادت سهام الوصايا على ثلث المال مائتين وذلك بالنسبة الى سهام الوصايا ربعها فينتقص من وصية كل واحد منهما مثل ربعها وينفذ فى ثلاثة أرباعها فيكون ثلاثة أرباع وصيتهما وثلث المال سواء فأما قيمة العبد الموصى له برقبته فثلثمائة فينتقص منه ربعها وذلك خمسة وسبعون وينفذ الوصية فى ثلاثة أرباعها وذلك مائتان وخمسة وعشرون وقيمة العبد الموصى له بخدمته خمسمائة فينتقص منه ربعها وذلك مائة وخمسة وعشرون وتنفذ الوصية فى ثلاثة أرباعها وذلك ثلاثمائة وخمسة وسبعون فيضم الى وصية صاحب الرقبة وذلك مائتان وخمس وعشرون فيصير ستمائة وذلك ثلث المال وخمسة وسبعون من العبد الموصى برقبته ومائة وخمسة وعشرون من العبد الموصى بخدمته يضم الى العبد الباقى وقيمته ألف درهم فصار ألفا ومائتين وذلك ثلثا المال فيستقام على الثلث والثلثين (واذا) نفذت الوصية فى ثلاثة أرباع العبد الموصى بخدمته يخدم الموصى له ثلاثة أيام والورثة يوما واحدا فان مات صاحب الخدمة استكمل صاحب الرقبة عبده كله لان وصية صاحب الخدمة قد بطلت بموته وبقيت وصية صاحب الرقبة وهى تخرج من الثلث فتكون له (وكذلك) ان مات العبد الذى كان يخدمه كان العبد الآخر كله لصاحب الرقبة لان التوزيع والتقسيم انما كان بينهما للثبوت حقهما فاذا ذهب أحدهما صار كأنه أوصى له وحده فيعتبر من الثلث وهو يخرج من الثلث (ولو) كانت قيمة العبيد سواء كان لصاحب الخدمة نصف خدمة العبد ولصاحب الرقبة نصف رقبة الآخر لان قيمة العبد خمسمائة وقيمة العبدين للذين أوصى بهما ألف درهم قيمة كل واحد خمسمائة فصار ثلث ماله خمسمائة فيقسم الثلث بينهما فصح من وصية كل واحد منهما نصفان فيكون لصاحب الرقبة نصف الرقبة وللموصى له بالخدمة نصف الخدمة يخدمه يوما والورثة يوما (وانما) يضرب لصاحب الخدمة كما يضرب صاحب الرقبة لما ذكرنا انه أوصى بحبس الرقبة عن الوارث فكأنه أوصى بالتمليك لانقطاع حق الورثة فيه والوصية بالتمليك سواء (ولو) أوصى بالعبيد كلهم لصاحب الرقبة وبخدمة أحدهم لصاحب الخدمة لم يضرب صاحب الرقاب الا بقيمة واحد منهم ويضرب الآخر بخدمة الآخر فيكون كالباب الذى قبله (وهذا) قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى لان الموصى له بالرقاب فى الحكم كانه أوصى له برقبتين لان العبد الذى أوصى بخدمته لغيره هو ممنوع لانه مشغول بحق غيره فما دام مشغولا جعل كأنه لم يوص له به (ومن) أصل أبى حنيفة ان الموصى له بأكثر من الثلث لا يضرب الا بالثلث فالموصى له بالعبدين ههنا لا يضرب الا بالثلث وهو عبد واحد والموصى له بالخدمة يضرب ايضا بعبد واحد فيصير الثلث بينهما نصفين لكل واحد منهما نصف الرقبة فالذى أوصى له بالعبدين له نصف العبد فى العبدين جميعا لان حقه فى العبدين فيكون له من كل عبد ربعه والموصى له بالخدمة له نصف العبد الذى أوصى له بخدمته يخدم الموصى له يوما والورثة يوما كما فى الفصل الاول (وأما) على قولهما الموصى له بالرقاب يضرب بالعبدين والموصى له بخدمة العبد يضرب بعبد واحد فيصير الثلث بينهما أثلاثا سهمان لصاحب الرقاب وسهم لصاحب الخدمة فلما صار الثلث على ثلاثة صار الثلثان على ستة والجميع تسعة كل عبد ثلاثة أسهم فللموصى له بالرقاب سهمان فى العبدين من كل رقبة سهم وللموصى له بالخدمة سهم فى العبد الذى أوصى له بخدمته يخدم العبد الموصى به للموصى له بالخدمة يوما وللورثة يومين فحصل للموصى لهما ثلاثة أسهم وللورثة ستة أسهم (ولو) كانوا يخرجون من الثلث كان لصاحب الرقبة ما أوصى له به ولصاحب الخدمة ما أوصى له به لان كل واحد منهما يصل الى تمام حقه ولو لم يكن له مال غيرهم فاوصى بثلث كل عبد منهم لفلان وأوصى بخدمة أحدهم

لفلان

لفلان فانه يقسم الثلث بينهما على خمسة أسهم لصاحب الخدمة ثلاثة أخماس الثلث فى خدمة ذلك العبد يخدمه ثلاثة أيام و يخدم الورثة يومين فيكون للآخر خمس الثلث فى العبدين الباقيين فى كل واحد منهما خمس رقبته (وجه) ذلك ان الموصى له بالرقاب لا حق له فى العبد الذى أوصى بخدمته مادام الموصى له باقيا فصار كانه أوصى بخدمة أحدهم لرجل و بثلث العبدين الآخرين لرجل فاجعل كل ثلث سهما فيضرب صاحب الرقبة بثلث كل عبد وذلك سهمان و يضرب صاحب الخدمة بالجميع وذلك ثلاثة أسهم فجعل ثلث المال على خمسة فيقسم بينهما لصاحب الرقبة سهمان فى كل عبد من العبدين سهم ولصاحب الخدمة ثلاثة أسهم فى العبد الموصى له بخدمته فيخدمه ثلاثة أيام وللورثة يومين فجميع ماحصل للموصى لهما خمسة أسهم سهمان للموصى له بالرقبة وثلاثة أسهم للموصى له بالخدمة و جميع ماحصل للورثة عشرة أسهم ثمانية أسهم فى العبدين فى كل عبد أربعة وسهمان من العبد الموصى له بالخدمة فاستقام على الثلث والثلثين ولو كان أوصى بثلث ماله لصاحب الرقاب و بخدمة احدهم بعينه لصاحب الخدمة ولا مال غيرهم له قسم الثلث بينهما نصفين و وجه ذلك ان العبد الموصى بخدمته اجتمع فيه وصيتان وصية بجميعه ووصية بثلثه لانه أوصى له بثلث ماله وخدمة العبد مال ألا ترى ان من أوصى لآخر بخدمة عبده اعتبر ذلك من الثلث بخلاف ماذكرنا فى المسألة الاولى انه اذا أوصى له بثلث الرقاب ان الموصى له بالرقاب لا حق له فى العبد الذى اوصى بخدمته مادام الموصى له باقيا لانه أوصى له بالرقبة والخدمة ليست من الرقبة فى شىء وههنا أوصى له بالمال والخدمة مال فلذلك قلنا انه اذا اجتمع فى العبد الموصى بخدمته وصيتان وصية بجميعه ووصية بثلثه فالثلثان لصاحب الخدمة بلا منازعة والثلث بينهما نصفان فيجعل العبد على ستة أسهم أربعة أسهم خلت عن دعوى صاحب الثلث وسلمت لصاحب الخدمة بلا منازعة وسهمان استوت منازعتهما فيهما فيقسم بينهما لكل واحد منهما سهم فصار لصاحب الخدمة خمسة أسهم ولصاحب الثلث سهم فاذا صار هذا العبد على ستة أسهم صار العبدان الآخران على اثنى عشر فثلثها أربعة ضمت الى ستة فتصير عشرة فهذه جملة وصاياهم فجعل هذا ثلث المال وثلثاه مثلاه عشرون وجميع المال ثلاثون فيتبين ان كل عبد صار عشرة فالعبد الموصى بخدمته عشرة يخدم الموصى له بخدمته خمسة أيام وللورثة أربعة أيام و يخدم صاحب الثلث يوما ولصاحب الثلث من العبدين الآخرين أربعة أسهم فتصير الوصية عشرة ستة فى العبد الموصى بخدمته وأربعة أسهم فى العبدين الباقيين وللورثة عشرون فى كل عبد من الباقيين ثمانية أسهم وأربعة من الموصى بخدمته فاستقام على الثلث والثلثين وهذا قول أبى حنيفة رحمه الله (وأما) على قولهما فانهما يسلكان مسلك العول فالعبد الذى أوصى بخدمته اجتمع فيه وصيتان وصية بجميعه ووصية بثلثه و يخرج الثلث ثلاثة فصاحب الجميع يضرب بالجميع ثلاثة وصاحب الثلث يضرب بالثلث سهم وصار هذا العبد على أربعة فلما صار هذا العبد على أربعة صار العبدان الآخران كل واحد منهما على ثلاثة بغير عول لانه لا حاجة الى العول فى ذلك فالثلث بينهما سهمان ضمه الى أربعة فيصير ستة فاجعل هذا ثلث المال وثلثاه مثلاه اثنا عشر والجميع ثمانية عشر فتبين ان العبد الموصى بخدمته صار على ستة يخدم لصاحب الخدمة ثلاثة أيام وللآخر يوما وللورثة يومين وللموصى له بالثلث من العبدين الآخرين سهمان فصارت الوصية ستة أربعة أسهم فى العبد الموصى له بخدمته وسهمان فى العبدين وللورثة اثنا عشر سهما سهمان فى العبد الموصى له بخدمته وعشرة أسهم فى العبدين فاستقام على الثلث والثلثين ولو أوصى بخدمة عبده لرجل و بغلته لآخر وهو يخرج من الثلث فانه يخدم صاحب الخدمة شهرا وعليه طعامه ولصاحب الغلة شهرا وعليه طعامه وكسوته عليهما نصفان وانما كان كذلك لانه أوصى لكل واحد منهما بجميع الرقبة لان الوصية بالخدمة وصية بحبس الرقبة لانه لا يمكن الاستخدام الا بعد حبسها والوصية بالغلة أيضا وصية بالرقبة لانه لا يمكن استغلاله الا بعد حبس الرقبة فقد أوصى لكل واحد منهما بجميع الرقبة وحظهما سواء فيخدم هذا شهرا و يستغله الآخر شهرا لان العبد مما لا يمكن قسمته بالاجزاء فيقسم بالايام وطعامه فى مدة الخدمة على صاحب

الخدمة لانه هو الذى ينتفع به دون صاحب الغلة والنفقة على من تحصل له المنفعة وفى مدة الغلة على صاحب الغلة لان منفعته فى تلك المدة تحصل له (وأما) الكسوة فعليهما جميعا لان الكسوة لا تتقدر بهذه المدة لانها تبقى أكثر من هذه المدة ولا تتجدد الحاجة اليها بانقضاء هذا القدر من المدة كما تتجدد الى الطعام فى كل وقت وهما فيه سواء فكانت الكسوة عليهما لهذا المعنى فان جنى هذا العبد جناية قيل لهما افدياه لان منفعته لهما فيخاطبان به كما يخاطب به المرتهن فى العبد المرهون فان فدياه كانا على حالهما وان أبيا الفداء ففداه الورثة بطلت وصيتهما لانهما لما أبيا الفداء فقد رضيا بهلاك الرقبة فبطل حقهما والله تعالى أعلم ولو أوصى لرجل من غلة عبده كل شهر بدرهم ولآخر بثلث ماله ولا مال له غير العبد فان ثلث المال بينهما نصفان فى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى لانه أوصى للموصى له بالغلة بجميع الرقبة اذ لا يمكن استيفاء ذلك من غلته فى كل شهر الا بحبس الرقبة والمذهب عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى ان الموصى له بأكثر من الثلث لا يضرب الا بالثلث فالثلث يكون بينهما لكل واحد منهما السدس ويخرج الحساب من ستة فالثلث وذلك سهمان يكون بينهما سهم لصاحب الثلث يعطى له من الرقبة وسهم لصاحب الغلة يستغل وحبست عليه غلته وينفق عليه منها كل شهر درهما لانه هكذا أوصى وأربعة أسهم من الرقبة للورثة فاذا مات الموصى له بالغلة وقد بقى من الغلة شىء رد ذلك الى صاحب الرقبة وكذلك ما حبس له من ثمن الرقبة يرد على صاحب الرقبة لانه بطلت وصيته بموته فيرجع ذلك الى صاحب الرقبة وعلى قولهما يقسم الثلث بينهما على أربعة صاحب الغلة يضرب بالجميع ثلاثة وصاحب الثلث يضرب بالثلث سهم ولو أوصى لرجل بغلة داره ولآخر بعبده ولآخر بثوب فهذه المسئلة على وجهين اما أن تخرج هذه الاشياء كلها من الثلث أو لا تخرج من الثلث فان كانت تخرج من الثلث اخذ كل واحد منهم ما أوصى له به لانه أوصى بالجميع والوصية بغلة الدار وصية بحبس رقبتها على ما بينا وان كانت لا تخرج من الثلث لكن الورثة اجازوا فكذلك وان لم تجز الورثة ضرب كل واحد منهم بقدر حقه الا ان تكون وصية أحدهم تزيد على الثلث فلا يضرب بالزيادة على قول أبى حنيفة رحمه الله واذا مات صاحب الغلة بطلت وصيته وقسم الثلث بين ما بقى منهم لما ذكرنا ولو أوصى بغلة داره لرجل وبسكناها لآخر وبرقبتها لآخر وهى الثلث فهدمها رجل بعد موت الموصى غرم قيمة ما هدمه من بنائها ثم تبنى مساكن كما كانت فتؤاجر ويأخذ غلتها صاحب الغلة ويسكنها الآخر لان الوصية بالغلة والسكنى لا تبطل بهدم الدار لقيام القيمة مقام الدار كما قلنا فى العبد الموصى بخدمته لرجل وبرقبته لآخر اذا قتل أن الوصية لا تبطل ويشترى بقيمته عبد آخر يخدمه وكذا البستان اذا أوصى بغلته لرجل وبرقبته لآخر فقطع رجل نخله أو شجره يغرم قيمتها فيشترى بها أشجارا مثلها فتغرس فاذا أوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بغلة داره وقيمة الدار ألف درهم وله ألفا درهم سوى ذلك فلصاحب الغلة نصف غلة الدار ولصاحب الثلث نصف الثلث فيما بقى من المال والدار خمس ذلك فى الدار وأربعة أخماسه فى المال (ووجه) ذلك أن يقول ان الوصية بثلث المال وصية بثلث الغلة أيضا لان الغلة مال الميت يقضى منه ديونه واذا كان كذلك فالدار تخرج من ثلث ماله لان قيمة الدار ألف درهم وله ألفا درهم سوى ذلك فقد اجتمع فى الدار وصيتان وصية بجميعها ووصية بثلثها فيجعل الدار على ثلاثة ويقسم بينهما على طريق المنازعة وصاحب الثلث لا يدعى أكثر من الثلث وهو سهم واحد والثلثان سهمان لصاحب الغلة وهو صاحب الجميع بلا منازعة لان الوصية بالغلة وصية بجميع الدار على ما ذكرنا انه يحبس جميع الدار لاجله واستوت منازعتهما فى سهم واحد وكان بينهما فانكسر على سهمين فضرب سهمين فى ثلاثة فيصير ستة فصاحب الثلث لا يدعى أكثر من سهمين وأربعة أسهم خلت عن دعواه وسلمت لصاحب الجميع وهو صاحب الغلة بلا منازعة واستوت منازعتهما فى سهمين فيقسم بينهما لكل واحد منهما سهم واذا صارت الدار وهى الثلث على ستة والالفان اثنا عشر فلصاحب الثلث من ذلك الثلث أربعة أسهم فضمها الى ستة تصير سهام الوصايا عشرة وجملة ذلك ثلاثون فنقول ثلث المال عشرة فنقسمها بينهم لصاحب الغلة خمسة أسهم كلها فى الدار

ولصاحب

ولصاحب الثلث خمسة أسهم أربعة أسهم فى الالفين وسهم فى الدار فهذا معنى قوله فى الاصل لصاحب الغلة نصف غلة الدار وذلك خمسة لانا جعلنا الدار على عشرة ولصاحب الثلث نصف الثلث خمسة أربعة أخماسه فى المال وخمس ذلك فى الدار وهذا قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى وعلى قولهما تقسم الدار على طريق العول فصاحب الجميع يضرب بالجميع وصاحب الثلث يضرب بالثلث ومخرج الثلث ثلاثة فصاحب الجميع يضرب بالجميع ثلاثة وصاحب الثلث يضرب بسهم فاجعل الدار على أربعة أسهم واذا صارت الدار على أربعة أسهم مع العول صار كل الف من الالفين على ثلاثة من غير عول فالالفان تصير ستة أسهم فللموصى له بالثلث ثلث ذلك وذلك سهمان ضم ذلك الى أربعة أسهم فيصير ستة فاجعل هذا ثلث المال والثلثان اثنا عشر والجميع ثمانية عشر فللموصى له بثلث المال ثلث الالفين وذلك أربعة أسهم من اثنى عشر وذلك ثلثا الثلث لانا جعلنا الثلث على ستة أسهم وأربعة أسهم من سته ثلثاه وهذا معنى قوله فى الاصل وان شئت قلت ثلثا ذلك فى ثلث المال وقال ايضا ثلاثة فى الدار لانك جعلت الدار على ثلاثة قبل العول وللموصى له بالثلث سهم من الدار وذلك ثلث الدار فان مات صاحب الغلة فلصاحب الثلث ثلث الدار والمال لانه لما مات الموصى له بالغلة بطلت وصيته وصار كانه لم يوص له بشئ وانت أوصى لصاحب الثلث بثلث المال والدار فيكون له ذلك وان استحقت الدار بطلت وصية صاحب الغلة وأخذ صاحب الثلث ثلث المال لانه لا يملك استغلالها بعد استحقاقها ولو لم يستحق ولكنها انهدمت قيل لصاحب الغلة ابن نصيبك فيها ويبنى صاحب الثلث نصيبه والورثة نصيبهم لان ذلك مشترك بينهم فيبنى كل واحد نصيبه وأيهم أبى أن يبنى لم يجبر على ذلك لان الانسان لا يجبر على اصلاح حقه ولم يمنع الآخر أن يبنى نصيبه من ذلك ويؤاجره ويسكنه لان الذى امتنع من البناء رضى ببطلان حقه فلا يوجب ذلك بطلان حق صاحبه وليس هذا كالسفل اذا كان لرجل وعلوه لآخر فانهدما وابى صاحب السفل أن يبنى سفله أنه يقال لصاحب العلو ابن سفله من مالك ثم ابن عليه العلو فاذا أراد صاحب السفل أن ينتفع بالسفل فامنعه حتى يدفع اليك قيمة السفل لان هناك لا يمكن بناء العلو الا بعد بناء السفل فكان لصاحب العلو أن يبنى سفله حتى يمكنه بناء العلو عليه فاما ههنا فيمكن أن يقسم عرصة الدار فيبنى كل واحد منهم فى نصيبه ولو أوصى لرجل بسكنى دار أو بغلتها فادعاها رجل وأقام البينة أنها له فشهد الموصى له بالغلة أو السكنى أنه أقر بها للميت لم تجز شهادته لانه يجر بشهادته الى نفسه مغنما لانه لو قبلت شهادته لسلمت له الوصية ولا شهادة لجار المغنم على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم وكذا اذا شهد للميت بمال أو بقتل خطأ لا تقبل شهادته لانه مهما كثر مال الميت كثرت وصيته وكان بشهادته جار المغنم الى نفسه فلا تقبل ولو أوصى لرجل بثلث غلة بستانه أبدا ولا مال له غيره فقاسم الورثة البستان فأغل أحد النصيبين ولم يغل الآخر فانهم يشتركون فيما خرج من الغلة لان قسمته وقعت باطلة لان الموصى له بالغلة لا يملك رقبة البستان والقسمة فيما ليس يملك له باطلة والثمرة غير موجودة وانما حدثت بعد ذلك وقسمة المعدوم باطلة وللورثة أن يبيعوا ثلثى البستان فيكون المشترى شريك صاحب الغلة أراد به أنه يبيع ثلثى البستان مشاعا لان الثلث مشغول بحق صاحب الغلة والورثة ممنوعون عن ذلك الثلث مادام الموصى له حيا فاذا كان هكذا فلا يجوز البيع الا فى مقدار نصيبهم وروى عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى انه قال لا يجوز بيع نصيبهم لان ذلك ضرر بالموصى له لانه تنقص الغلة وتعيب ولو أوصى بغلة بستانه الذى فيه لرجل وأوصى له بغلته أيضا أبدا ثم مات الموصى ولا مال له غيره والغلة القائمة للحال تساوى مائة درهم والبستان يساوى ثلثمائة درهم فللموصى له ثلث الغلة التى فيه وثلث ما يخرج من الغلة فيما يستقبل أبداً لانه أوصى له هكذا فانه أوصى له بالغلة القائمة للحال وبالغلة التى تحدث أبدا فيعتبر فى كل واحد منهما ثلثه ولا يسلم اليه كل الغلة القائمة فى الحال وان كان تخرج من ثلث المال لانه أوصى له أيضاً بثلث ما يخرج من بستانه فيما يستقبل واذا ضمت تلك الوصية الى هذه الوصية زادت الوصية على الثلث ولو أوصى بعشرين درهما من غلته كل سنة

ولو أوصى بعشرين درهما من غلته كل سنة لرجل فأغل سنة قليلا وسنة كثيرا فله ثلث الغلة تحبس وينفق عليه كل سنة من ذلك عشرون درهما لان الوصية بعشرين درهما من غلته وصية بجميع الغلة لجواز أن يطول عمره فيستوفى ذلك كله فاذلك جاز فى ثلثه وتحبس غلته حتى ينفق عليه كل سنة عشرون درهما الى أن يموت ولو أوصى أن ينفق عليه أربعة كل شهر من عرض ماله وعلى آخر خمسة كل شهر من غلة بستانه ولا مال له غير البستان فثلث غلة البستان بينهما نصفين يباع سدس غلة البستان لكل واحد منهما فيوقف ثمنه على يد الموصى أو على يد ثقة ان لم يكن هنالك وصى وينفق على كل واحد منهما كما سمى وكذلك الوصية بانفاق درهم ولا عبرة بالاقل والاكثر لجواز أن يعيش صاحب الاقل أكثر مما يعيش صاحب الاكثر فيباع سدس الغلة لكل واحد منهما ويوقف ثمنه وينفق على كل واحد منهما ما سمى له لانه أوصى لاحدهما أن ينفق عليه من عرض ماله والبستان ماله ولا يسلم المال اليهما بل يوضع على يد الموصى فان لم يكن له وصى فالقاضى يضعه على يد ثقة عدل لانه أمر بالانفاق عليهما ولم يوص بدفع المال اليهما فان ماتا وقد بقى شئ من المال رد على ورثة الموصى لان الوصية قد بطلت بموته فيعود الى الورثة وكذلك لو قال ينفق على فلان أربعة وعلى فلان وفلان خمسة حبس السدس على المنفرد والسدس الآخر على المجموعين فى النفقة لانه أضاف الاربعة الى شخص واحد وأضاف الخمسة الى شخصين لانه جمعهما فى الوصية فصار كانه أوصى بان ينفق على فلان أربعة وعلى فلان خمسة لذلك يقسم الثلث بينهم سدس يوقف للمنفرد وسدس للمجموعين ولو أوصى بغلة بستانه لرجل وبنصف غلته لآخر وهو ثلث ماله قسم ثلث الغلة بينهما نصفين كل سنة لان الوصية بالزيادة على الثلث لا تجوز فيصير كانه أوصى لكل واحد منهما بالثلث فيكون الثلث بينهما لاستوائهما ولو كان البستان يخرج من ثلث ماله فانه يقسم غلة البستان بينهما على طريق المنازعة على قول أبى حنيفة رضى الله عنه لان صاحب النصف لا يدعى الا النصف فالنصف خلا عن دعواه فسلم لصاحب الجميع بلا منازعة والنصف الآخر استوت منازعتهما فيه فيقسم بينهما نصفين فيحتاج الى حساب له نصف ولنصفه نصف وذلك أربعة فصاحب النصف لا يدعى أكثر من سهمين فسهمان خليا عن دعواه سلما لصاحب الجميع بلا منازعة وسهمان آخران استوت منازعتهما فيهما فيقسم بينهما لكل واحد منهما سهم فصار لصاحب الجميع ثلاثة أسهم ولصاحب النصف سهم وعلى قولهما يقسم على طريق العول فصاحب الجميع يضرب بالجميع وصاحب النصف يضرب بالنصف والحساب الذى له نصف سهمان فصاحب الجميع يضرب بسهمين وصاحب النصف يضرب بسهم واحد فيقسم بينهما أثلاثا سهمان لصاحب الجميع وسهم لصاحب النصف ولو أوصى لرجل بغلة بستانه وقيمته ألف درهم ولآخر بقيمة عبده وقيمته خمسمائة وله سوى ذلك ثلثمائة فالثلث بينهما على أحد عشر سهما فى قول أبى حنيفة رضى الله عنه لصاحب العبد خمسة أسهم فى العبد ولصاحب البستان ستة أسهم فى غلته لان جميع ماله ألف درهم وثمانمائة درهم والثلث من ذلك ستمائة ووصية صاحب البستان ألف درهم وذلك أكثر من الثلث ومن مذهب أبى حنيفة رحمه الله ان الموصى له بأكثر من الثلث لا يضرب الا بالثلث فاطرح ما زاد على ستمائة لان ذلك زيادة على الثلث فصاحب البستان يضرب بستمائة وصاحب العبد يضرب بخمسمائة فاجعل ثلث المال وهو ستمائة على أحد عشر سهما لصاحب البستان ستة أسهم ولصاحب العبد خمسة أسهم فما أصاب صاحب البستان كان فى البستان فى غلته وما أصاب صاحب العبد كان فى العبد وهذا قول أبى حنيفة رضى الله عنه وعلى قولهما صاحب البستان يضرب بجميع البستان وهو ألف وصاحب العبد بخمسمائة فيقسم ثلث المال بينهما أثلاثا على طريق العول ولو أوصى لرجل بغلة ارضه وليس فيها نخل ولا شجر ولا مال له غيرها فانها تؤاجر فتكون تلك الغلة له ولو كان فيها شجر اعطى ثلث ما يخرج منها لان اسم الغلة يقع على الثمرة وعلى الاجرة فان كان فيها ثمر انصرفت الوصية الى ما يخرج منها لان الغلة فى الحقيقة اسم لما يخرج اذا كان

فى الارض أشجار وان لم يكن فيها شجر فالوصية بالغلة وصية بالدراهم والدنانير وذلك هى الاجرة فان قيل اذا لم يكن فى الارض شجر فينبغى ان يزرعها فيستوفى زرعها فالجواب انه لو زرع لحصل له ملك الخارج ببذره والموصى به غلة أرضه لا غلة بذره ولو أوصى لرجل بغلة أرضه ولآخر برقبتها وهى تخرج من الثلث فباعها صاحب الرقبة وسلم صاحب الغلة المبيع جاز وبطلت وصية صاحب الغلة ولا حق له فى الثمن أما جواز الوصية بالغلة فلما ذكرنا فيما تقدم وأما جواز بيع الرقبة من صاحبها اذا سلم صاحب الغلة المبيع فلان ملك الرقبة لصاحب الرقبة وانه يقتضى النفاذ الا ان حق صاحب الغلة متعلق به فاذا أجاز فقد رضى بابطال حقه فزال المانع فنفذ وبطلت وصية صاحب الغلة لانه انما اوصى له بالغلة فى ملك الموصى له بالرقبة وقد زال ملكه عن الرقبة ولا حق له فى الثمن لان الثمن بدل الرقبة ولا ملك له فى الرقبة ولو أوصى له بغلة بستانه فاغل البستان سنتين قبل موت الموصى ثم مات الموصى لم يكن للموصى له من تلك الغلة شىء انما له الغلة التى فيه يوم يموت لما ذكرنا ان الوصية ايجاب الملك عند الموت فتكون له الثمرة التى فيه يوم الموت وما يحدث بعد الموت لا ما كان قبل الموت فان اشترى الموصى له البستان من الورثة بعد موته جاز الشراء وبطلت الوصية لانه ملك العين بالشراء فاستغنى بملكها عن الوصية كمن استعار شيأ ثم اشتراه انه تبطل الاعارة وكمن تزوج أمة انسان ثم اشتراها يبطل النكاح لما قلنا كذا هذا وكذلك لو أعطوه شيأ على ان يبرأ من الغلة وكذلك سكنى الدار وخدمة العبد اذا صالحوه منه على شىء جاز وتبطل الوصية لان له حقا وقد أسقط حقه بعوض فجاز كالخلع والطلاق على مال والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) الوصية بأمر متعلق بالمال فالوصية بالعتق والوصية بالاعتاق والوصية بالانفاق والوصية بالقرب من الفرائض والواجبات والنوافل (أما) الوصية بالعتق فحكمها ثبوت العتق بعد موت الموصى بلا فصل كما اذا قال وهو مريض أو صحيح أنت حر بعد موتى أو قال دبرتك أو أنت مدبر او ان مت من مرضى هذا أو فى سفرى هذا فانت حر فمات من مرضه ذلك أو سفره ذلك يعتق من غير الحاجة الى اعتاق أحد لان معنى ذلك أنت حر بعد موتى أو بعد موتى من هذا المرض أو فى هذا السفر ويعتبر فى ذلك كله الثلث فان كان العبد يخرج كله من ثلث ماله يعتق كله وان لم يخرج كله يعتق منه بقدر ما يخرج من الثلث وان لم يكن له مال سواه يعتق ثلثه ويسعى فى الثلثين للورثة لان هذا كله وصية فلا تنفذ فيما زاد على الثلث الا باجازة الورثة على ما بينا فيما تقدم (وأما) الوصية بالاعتاق فحكمها وجوب الاعتاق بعد موت الموصى ولا يعتق من غير اعتاق من الوارث أو الوصى أو القاضى والاصل فيه ان كل عتق تأخر عن موت الموصى ولو بساعة لا يثبت ولا يعتق من غير اعتاق كما اذا قال هو حر بعد موتى بساعة أو بأقل أو بأكثر لان غرض الموصى هو عتق العبد بعد الموت والعتق لا بد له من الاعتاق ولا يمكن جعل الموصى معتقا بعد الموت فكان أمرا بالاعتاق دلالة فيعتق الوارث أو الوصى أو القاضى (وأما) الوصية باعتاق نسمة وهى ان يوصى بان يشترى رقبة فتعتق عنه والنسمة اسم لرقبة تشترى للعتق فحكمها حكم وجوب الشراء والاعتاق يعتبر من الثلث ولو أوصى أن يعتق عنه نسمة بمائة درهم فلم يبلغ ثلث ماله مائة درهم لم يعتق عنه عند أبى حنيفة وعندهما يعتق عنه بالثلث ولو أوصى بان يحج عنه بمائة وثلث ماله لا يبلغ مائة فانه يحج عنه من حيث يبلغ بالاجماع (وجه) قولهما ان تنفيذ الوصية واجب ما أمكن والتقدير بالمائة لا يقتضى التنفيذ لانه يحتمل انه انما قدر ظنا منه ان ثلث ماله يبلغ ذلك أو رجاء اجازة الورثة فاذا لم يبلغ ذلك أو لم تجز الورثة يجب تنفيذها فيما دون ذلك كما فى الوصية بالحج ولابى حنيفة رضى الله عنه انه أوصى بعتق عبد يشترى بمائة درهم فلو نفذنا الوصية فى عبد يشترى بخمسين كان ذلك تنفيذ الوصية لغير من أوصى له وهذا لان الوصية للعبد فى الحقيقة فهو الموصى له وقد جعل الوصية بعبد موصوف بانه يشترى بمائة والمشترى بدون المائة غير المشترى بمائة فلا يمكن تنفيذ الوصية له بخلاف الوصية بالحج فانها وصية بالوصول الى البيت وانه يحصل بالحج عنه من حيث يبلغ الثلث وعلى هذا اذا أوصى أن يعتق عنه نسمة بجميع ماله فلم تجز ذلك الورثة لم يشتر به شىء والوصية باطلة فى قول أبى حنيفة رحمه الله وعندهما يشترى بالثلث وهذا بناء على المسئلة الاولى وقد ذكرنا وجه القولين والله الموفق (وأما) الوصية بالانفاق على فلان وأوصى بالقرب فحكمها وجوب فعل ما دخل تحت الوصية لانه هكذا أوصى ويعتبر

ذلك كله من الثلث والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما تبطل به الوصية فالوصية تبطل بالنص على الابطال وبدلالة الابطال وبالضرورة (أما) النص فنحو ان يقول أبطلت الوصية التي أوصيتها لفلان أو فسختها أو نقضتها فتبطل الا التدبير خاصة فانه لا يبطل بالتنصيص على الابطال مطلقا كان التدبير أو مقيدا الا ان المقيد منه يبطل منه بدلالة الابطال بالتمليك على ما ذكرنا وكذا اذا قال رجعت لان الرجوع عن الوصية ابطال لها في الحقيقة (وأما) الدلالة والضرورة فعلى نحو ما ذكرنا في الرجوع وقد ذكرنا ما يكون رجوعا عن الوصية وما لا يكون فيما تقدم وتبطل بجنون الموصي جنونا مطبقا لان الوصية عقد جائز كالوكالة فيكون لبقائه حكم الانشاء كالوكالة فتعتبر أهلية العقد الى وقت الموت كما تعتبر أهلية الامر في باب الوكالة والجنون المطبق هو ان يمتد شهرا عند أبي يوسف وعند محمد سنة وقد ذكرنا ذلك في كتاب الوكالة ولو أغمي عليه لا تبطل لان الاغماء لا يزيل العقل ولهذا لم تبطل الوكالة بالاغماء وتبطل بموت الموصى له قبل موت الموصي لان العقد وقع له لا لغيره فلا يمكن ابقاؤه على غيره وتبطل بهلاك الموصى به اذا كان عينا مشارا اليها لبطلان محل الوصية أعني محل حكمه ويستحيل ثبوت حكم التصرف أو بقاؤه بدون وجود محله أو بقائه كما لو أوصى بهذه الجارية أو بهذه الشاة فهلكت الجارية والشاة وهل تبطل الوصية باستثناء كل الموصى به في كلام متصل اختلف فيه قال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله لا تبطل ويبطل الاستثناء وللموصى له جميع ما أوصى له به وقال محمد رحمه الله يصح الاستثناء وتبطل الوصية ولا خلاف في ان استثناء الكل من الكل في باب الاقرار باطل ويلزم المقر جميع ما أقر به (وجه) قوله ان الاستثناء ههنا رجوع عما أوصى به والوصية محتملة للرجوع فيحمل على الرجوع وبهذا فارقت الاقرار لان الاقرار بالمال مما لا يحتمل الرجوع فيبطل الاستثناء ويبقى المقر به على حاله ولهما ان هذا ليس باستثناء ولا رجوع فيبطل الاستثناء رأسا وتبقى الوصية صحيحة وبيان ذلك ان الاستثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا واستخراج بعض الجملة الملفوظة ولا يوجد ذلك في استثناء الكل من الكل والرجوع فسخ الوصية وابطالها ولا يتصور ذلك في الكلام المتصل ولهذا شرطنا لجواز النسخ في الاحكام الشرعية أن يكون النص الناسخ متراخيا عن المنسوخ والله تعالى أعلم

﴿ كتاب القرض ﴾

الكلام فيه يقع في مواضع في بيان ركن القرض وفي بيان شرائط الركن وفي بيان حكم القرض (أما) ركنه فهو الايجاب والقبول والايجاب قول المقرض أقرضتك هذا الشئ أو خذ هذا الشئ قرضا ونحو ذلك والقبول هو ان يقول المستقرض استقرضت أو قبلت أو رضيت أو ما يجري هذا المجرى وهذا قول محمد رحمه الله وهو احدى الروايتين عن أبي يوسف وروى عن أبي يوسف أخرى ان الركن فيه الايجاب (وأما) القبول فليس بركن حتى لو حلف لا يقرض فلانا فاقرضه ولم يقبل لم يحنث عند محمد وهو احدى الروايتين عن أبي يوسف وفي رواية أخرى يحنث (وجه) هذه الرواية ان الاقراض اعارة لما نذكر والقبول ليس بركن في الاعارة (وجه) قول محمد ان الواجب في ذمة المستقرض مثل المستقرض فلهذا اختص جوازه بما له مثل فشبه البيع فكان القبول ركنا فيه كما في البيع

وروى عن أبي يوسف فيمن حلف لا يستقرض من فلان فاستقرض منه فلم يقرضه انه يحنث لان شرط الحنث هو الاستقراض وهو طلب القرض كالاستيام في البيع وهو طلب البيع فاذا استقرض فقد طلب القرض فوجد شرط الحنث فيحنث والله تعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما الشرائط فأنواع بعضها يرجع الى المقرض وبعضها يرجع الى المقرض وبعضها يرجع الى نفس القرض (أما) الذي يرجع الى المقرض فهو أهليته للتبرع فلا تملكه من لا تملك التبرع من الاب والوصي والصبي والعبد المأذون والمكاتب لان القرض للمال تبرع ألا ترى انه لا يقابله عوض للحال فكان تبرعا للحال فلا يجوز الا ممن يجوز منه التبرع وهؤلاء ليسوا من أهل التبرع فلا تملكون القرض (وأما) الذي يرجع الى المقرض فمنها

القبض لان القرض هو القطع فى اللغة سمى هذا العقد قرضاً لما فيه من قطع طائفة من ماله وذلك بالتسليم الى المستقرض
فكان مأخذ الاسم دليلا على اعتبار هذا الشرط ومنها أن يكون مما له مثل كالمكيلات والموزونات والعدديات
المتقاربة فلا يجوز قرض ما لا مثل له من المذروعات والمعدودات المتقاربة لانه لا سبيل الى إيجاب رد العين ولا الى
ايجاب رد القيمة لانه يؤدى الى المنازعة لاختلاف القيمة باختلاف تقويم المقومين فتعين أن يكون الواجب فيه رد
المثل فيختص جوازه بما له مثل ولا يجوز القرض فى الخبز لا وزنا ولا عدداً عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله
وقال محمد يجوز عددا وما قالاه هو القياس لتفاوت فاحش بين خبز وخبز لاختلاف العجن والنضج والخفة والثقل فى
الوزن والصغر والكبر فى العدد ولهذا لم يجز السلم فيه بالاجماع فالقرض أولى لان السلم أوسع جوازاً من القرض
والقرض أضيق منه ألا ترى انه يجوز السلم فى الثياب ولا يجوز القرض فيها فلما لم يجز السلم فيه فلان لا يجوز القرض
أولى الا ان محمدا رحمه الله استحسن فى جوازه عددا لعرف الناس وعادتهم فى ذلك وترك القياس لتعامل الناس فيه هكذا
روى عن ابراهيم النخعى رحمه الله انه جوز ذلك فانه روى انه سئل عن أهل بيت يقرضون الرغيف فيأخذون
أصغر أو أكبر فقال لا بأس به ويجوز القرض فى الفلوس لانها من العدديات المتقاربة كالجوز والبيض ولو استقرض
فلوسا فكسدت فعليه مثلها عند أبى حنيفة رضى الله عنه وعند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله عليه قيمتها (وجه)
قولهما أن الواجب فى باب القرض رد مثل المقبوض وقد عجز عن ذلك لان المقبوض كان ثمنا وقد بطلت الثمنية
بالكساد فعجز عن رد المثل فيلزمه رد القيمة كما لو استقرض رطبا فانقطع عن أيدى الناس أنه يلزمه قيمته لما قلنا كذا
هذا ولابى حنيفة ان رد المثل كان واجبا والفائت بالكساد ليس الا وصف الثمنية وهذا وصف لا تعلق لجواز القرض
به ألا ترى انه يجوز استقراضه بعد الكساد ابتداء وان خرج من كونه ثمنا فلان يجوز بقاء القرض فيه أولى لان
البقاء أسهل وكذلك الجواب فى الدراهم التى يغلب عليها الغش لانها فى حكم الفلوس وروى عن أبى يوسف انه أنكر
استقراض الدراهم المكحلة والمزيفة وكره انفاقها وان كانت تنفق بين الناس لما فى ذلك من ضرورات العامة واذا نهى
عنها وكسدت فهى بمنزلة الفلوس اذا كسدت ولو كان له على رجل دراهم جياد فأخذ منه مزيفة أو مكحلة أو زيوفا أو
نبهرجة أو ستوقة جاز فى الحكم لانه تجوز بدون حقه فكان كالحط عن حقه الا انه يكره له ان يرضى به وان ينفقه وان بين
وقت الانفاق لا يخلو عن ضرر العامة بالتلبيس والتدليس قال أبو يوسف كل شئ من ذلك لا يجوز بين الناس فانه ينبغى
أن يقطع ويعاقب صاحبه اذا أنفقه وهو يعرفه وهذا الذى ذكره احتساب حسن فى الشريعة ولو استقرض دراهم
تجارية فالتقيا فى بلد لا يقدر فيه على التجارية فان كانت تنفق فى ذلك البلد فصاحب الحق بالخيار ان شاء انتظر مكان
الاداء وان شاء أجله قدر المسافة ذاهبا وجائيا واستوثق منه بكفيل وان شاء أخذ القيمة لانها اذا كانت نافقة لم تتغير
بقيت فى الذمة كما كانت وكان له الخيار ان شاء لم يرض بالتأخير وأخذ القيمة لما فى التأخير من تأخير حقه وفيه ضرر
به كمن عليه الرطب اذا انقطع عن أيدى الناس انه يتخير صاحبه بين التربص والانتظار لوقت الادراك وبين أخذ
القيمة لما قالوا كذا هذا وان كان لا ينفق فى ذلك البلد فعليه قيمتها والله تعالى أعلم (وأما) الذى يرجع الى نفس
القرض فهو ان لا يكون فيه جر منفعة فان كان لم يجز نحو ما اذا أقرضه دراهم غلة على أن يرد عليه صحاحا أو أقرضه وشرط
شرطا له فيه منفعة لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه نهى عن قرض جر نفعا ولان الزيادة المشروطة تشبه
الربا لانها فضل لا يقابله عوض والتحرز عن حقيقة الربا وعن شبهة الربا واجب هذا اذا كانت الزيادة مشروطة فى
القرض فاما اذا كانت غير مشروطة فيه ولكن المستقرض أعطاه أجودهما فلا بأس بذلك لان الربا اسم لزيادة مشروطة
فى العقد ولم توجد بل هذا من باب حسن القضاء وانه أمر مندوب اليه قال النبى عليه السلام خيار الناس أحسنهم
قضاء وقال النبى عليه الصلاة والسلام عند قضاء دين لزمه للوازن زن وأرجح وعلى هذا تخرج مسئلة السفاتج التى
يتعامل بها التجار انها مكروهة لان التاجر ينتفع بها باسقاط خطر الطريق فتشبه قرضا جر نفعا فان قيل أليس انه روى
عن عبد الله بن عباس رضى الله عنهما انه كان يستقرض بالمدينة على أن يرد بالكوفة وهذا انتفاع بالقرض باسقاط

خطر الطريق فالجواب أن ذلك محمول على أن السفتجة لم تكن مشروطة فى القرض مطلقا ثم تكون السفتجة وذلك مما
لا بأس به على ما بينا والله تعالى أعلم والاجل لا يلزم فى القرض سواء كان مشروطا فى العقد أو متأخرا عنه بخلاف
سائر الديون والفرق من وجهين أحدهما أن القرض تبرع ألا يرى أنه لا يقابله عوض للحال وكذا لا يملكه من
لا يملك التبرع فلو لزم فيه الاجل لم يبق تبرعا فيتغير المشروط بخلاف الديون والثانى أن القرض يسلك به مسلك العارية
والاجل لا يلزم فى العوارى والدليل على أنه يسلك به مسلك العارية أنه لا يخلو اما ان يسلك به مسلك المبادلة وهى
تمليك الشئ بمثله أو يسلك به مسلك العارية لا سبيل الى الاول لانه تمليك العين بمثله نسيئة وهذا لا يجوز فتعين أن يكون
عارية فجعل التقدير كان المستقرض انتفع بالعين مدة ثم رد عين ما قبض وان كان يرد بدله فى الحقيقة وجعل رد بدل
العين بمنزلة رد العين بخلاف سائر الديون وقد يلزم الاجل فى القرض بحال بان يوصى بان يقرض من ماله بعد موته فلانا
ألف درهم الى سنة فانه ينفذ وصيته ويقرض من ماله كما أمر وليس لورثته أن يطالبوا قبل السنة والله تعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما حكم القرض فهو ثبوت الملك للمستقرض فى المقرض للحال وثبوت مثله فى ذمة المستقرض
للمقرض للحال وهذا جواب ظاهر الرواية وروى عن أبى يوسف فى النوادر لا يملك القرض بالقبض ما لم
يستهلك حتى لو أقرض كرا من طعام وقبضه المستقرض ثم انه اشترى الكر الذى عليه بمائة درهم جاز البيع وعلى
رواية أبى يوسف لا يجوز لان المقرض باع من المستقرض الكر الذى عليه وليس عليه الكر فكان هذا بيع المعدوم فلم
يجز كما لو باعه الكر الذى فى هذا البيت وليس فى البيت كر وجاز فى ظاهر الرواية لانه باع ما فى ذمته فصار كما اذا باعه
الكر الذى فى البيت وفى البيت كر وكذلك لو كان الكر المقرض قائما فى يد المستقرض كان المستقرض بالخيار ان
شاء دفع اليه هذا الكر وان شاء دفع اليه كرا آخر ولو أراد المقرض أن يأخذ هذا الكر من المستقرض وأراد المستقرض
أن يمنعه من ذلك ويعطيه كرا آخر مثله له ذلك فى ظاهر الرواية وعلى ما روى عن أبى يوسف رحمه الله فى النوادر ان
لا خيار للمستقرض ويجبر على دفع ذلك الكر اذا طالب به المقرض وعلى هذا فروع ذكرت فى الجامع الكبير (وجه)
رواية أبى يوسف ان الاقراض اعارة بدليل انه لا يلزم فيه الاجل ولو كان معاوضة للزم كما فى سائر المعاوضات وكذا
لا يملكه الاب والوصى والعبد المأذون والمكاتب وهؤلاء لا يملكون المعاوضات وكذا اقراض الدراهم والدنانير
لا يبطل بالافتراق قبل قبض البدلين وان كان مبادلة لبطل لانه صرف والصرف يبطل بالافتراق قبل قبض البدلين
وكذا اقراض المكيل لا يبطل بالافتراق ولو كان مبادلة لبطل لان بيع المكيل بمكيل مثله فى الذمة لا يجوز فثبت بهذه
الدلائل ان الاقراض اعارة فبقى العين على حكم ملك المقرض (وجه) ظاهر الرواية أن المستقرض بنفس القبض صار
بسبيل من التصرف فى القرض من غير اذن المقرض بيعا وهبة وصدقة وسائر التصرفات واذا تصرف نفذ تصرفه ولا
يتوقف على اجازة المقرض وهذه أمارات الملك وكذا ما أخذ الاسم دليل عليه فان القرض قطع فى اللغة فيدل على
انقطاع ملك المقرض بنفس التسليم (وأما) قوله اعارة والاعارة تمليك المنفعة لا تمليك العين فنعم لكن ما لا يمكن الانتفاع
به مع بقاء عينه بقيام عينه مقام المنفعة صار قبض العين قائما مقام قبض المنفعة والمنفعة فى باب الاعارة تملك بالقبض
لانها تبرع بتمليك المنفعة فكذا ما هو ملحق بها وهو العين والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب
والحمد لله وحده

﴿ نص ما وجد فى الاصل المطبوع عليه ﴾

وقع تمام النصف الاخير من كتاب البدائع فى ترتيب الشرائع للكاسانى تغمده الله تعالى بالرحمة والرضوان
على مذهب الامام أبى حنيفة رضى الله عنه الحمد لله الذى وهب التوفيق لاتمام النصف من كتابة الكتاب
والصلاة والسلام على خير خلقه سيدنا محمد خير من نطق بالصواب وعلى آله وأصحابه الطيبين الطاهرين الى يوم
الحساب على يد أضعف العباد الفقير الحقير المعترف بالذنب والتقصير الراجى رحمة الله البارى عبد الله بن المرحوم
الحاج عبد الرحيم المدعو باللبق غفر الله له ولوالده ولاخوانه فى خمسة أيام خلت من ذى الحجة سنة ١١٧٠

﴿ يقول المتوسل بصالح السلف ۞ مصححه الفقير عبد الجواد خلف ﴾

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

حمداً لمن أبرز (بدائع الصنائع) من حيز العدم وهدى الى (ترتيب الشرائع) بما علم بالقلم وشكراً لما أسدى من جزيل النعماء وجليل العطايا والا لاء وصلاة يتدفق بالرحمات المقرونة بالتعظيم ودقها وتحيات يتألق بالبركات المصحوبة بالتكريم برقها على من أنزل عليه القرآن هدى للناس وبينات من الهدى والفرقان فبين للناس ما نزل اليهم وأرشدهم الى ما يجب عليهم بأدلة أعجزت البلغاء وأفحمت الفصحاء فتبدلت بنور الهدايه ظلمة الغوايه سيدنا محمد الصادق الامين القائل من يرد الله به خيرا يفقهه في الدين وعلى آله حماة السنه وحملة الاسنه ﴿ وبعد ﴾ فلما كان علم الفقه من أجل العلوم الشرعيه بعد كتاب الله تعالى والسنة النبويه اذ به معرفة الحلال والحرام وتصحيح العبادة وبيان الاحكام وكان من أعظم ما ألف فيه من الكتب الوحيده بل الدرة اليتيمة الفريده الكتاب الجليل والسفر الذي ليس له في بابه مثيل المسمى ﴿ ببدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ﴾ وتالله انه لكتاب كريم ومؤلف فخيم بل هو روضة علم نطقت بيننا بالحق ودوحة فضل لا يعرف قدرها الا القليل من الخلق

فاذا لم تر الهلال فسلم ۞ لاناس رأوه بالابصار

فلقد أتى في أسلوبه الغريب بالعجب العجيب وبالجملة فهو المليحة الحسناء الغني عن الاطراء والثناء

واني وان أكثرت فيه مدائحي ۞ فأكثر مما قلت ما أنا تاركه

وكيف لا يكون كذلك ان لم يكن فوق ذلك وناسج برده وناظم عقده امام البلغاء والفصحاء الملقب بملك العلماء الذي لا يدانيه في ميدان التحقيق مدان المولى المحقق علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني المتوفى سنة ٥٨٧ هجرية

لله در مؤلف ۞ جمع الطرائف واللطائف ۞ يسعى لكعبة فضله ۞ من كل فج كل طائف

وكان من نعم الله الجسام التي لا تحيط بوصفها الاقلام تسهيل السبيل الى طبع هذا المطبوع الجليل فقد قام بهذا العمل المبرور والسعي المشكور كل من ذوي الهمم العلية والاخلاق المرضية سعادة الاخ محمد أسعد باشا جابري زاده وفضيلة الاكرم الحاج مراد أفندي جابري زاده بلغهما الله الحسنى وزياده وشاركهما في هذا الصنع الوجيه السيد أحمد ناجي الجمالي والسيد محمد أمين الخانجي الكتبي وأخيه وفقهم الله الكريم المنان وجزاهم احسان الجزاء وجزاء الاحسان وكان هذا الطبع الحسن الجميل والصنع الفائق الجليل ﴿ بالمطبعة الجمالية العامره ذات الاستعدادات التامة الباهره الكائن مركزها بعطفة التترى بحارة الروم بمصر القاهره ادارة محمد أمين الخانجي وشركائه ــ وأحمد عارف ﴾ أسبغ الله على الجميع جزيل المنن اللطائف وذلك في شهر شوال سنة ١٣٢٨ من الهجرة النبوية

(فهرست الجزء السابع من كتاب بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع)

صحيفة

صحيفة

﴿ تمت ﴾

DATE DUE

